

سازمان کتابخانه ها، موزه ها و مرکز اسناد آستان قدس رضوی

اداره مخطوطات

~~نام~~ کتاب الاجارة

مؤلف متن میرزا حبیب الله بن محمد علی رشتی نجفی محشی

شارح مترجم

تاریخ تحریر رجب ۱۳۰۴ ق نوع خط نسخ تعداد سطر ۲۳

نام کاتب عبدالله بن مهدی

موضوع فقه زبان عربی عدد اوراق

طول ۲۴ عرض ۱۸/۵ شماره عمومی ۳۲۴۵۳

وقفی / ~~خریداری~~ آیة الله سید احمد زنجانی تاریخ وقف آبان ۸۴

ملاحظات توسط آیة الله سید موسی شبیری زنجانی

جلد تیماج ضربی

عنوان: شرح شرایع الاسلام

لما دا اجابات از تالیفات مرحوم
حاج میرزا حبیب الله رشتی طاب ثراه

در ابتدا جلد [illegible] فرسته
حرره الاحقر احمد الحسینی الزنجانی
فی ۲۴ شهر ذی قعده ۱۳۵۶

[illegible] که در ماه رمضان وفات کرد ۱۳۰۵

اول این مجموعه ۵ کتاب [illegible] ۱۳۵۶

اصلهات [illegible] میرزا [illegible]
[illegible] ۱۲

مرحوم [illegible] در ۶ شهر ذی حجه وفات نمود
[illegible] ۱۳۵۶
حرره احمد الحسینی الزنجانی

بسم الله الرحمن الرحيم وبه نستعين

الحمد لله رب العالمين اولاً واخراً والصلوة على محمد وآله كلك ولعنة الله على اعدائهم اجمعين كتاب
الاجارة بمعنى الاجرة كما هو المعروف او بمعنى الايجار كما في مذهب تحف العقول اجارة الاف ن نفسه
وفي المبسوط مثله اسم المصدر اجر كما صرح به بعضهم او مصدر الاجر على زنة فعل كما في لم الائمة حيث
جعله مصدر للثلاثي او مصدر الواجر على زنة فاعل كما في اثنية قلب الواو الفاً نظراً الى مجي فعاله
مصدر الفاعل قياساً وعدم مجيئه لافعل او بمعنى العقد المشتمل على الايجاب والقبول المفيدين
تمليك المنفعة اصطلاحاً في الفقهاء خاصة على مذهب الالفاظ العقود كلاً او جلاً لئلا يقال
بعدم صلاحية المقام لهذا اولاً لان المقصد الاصلي الا في العقد ولا معنى لجعل نفس الشيء اهد مقاصده
وان ثانياً فلان مباحث الكتاب منها ما يرجع الى العقد ومباحث كتاب لكل شيء لابد وان
يرجع اليها ولو بواسطة وبهذا يظهر عدم صلوح المعنى المصدري باقسامه الثلاثة ايضاً لما يبين
تفسيره بالمعنى الاول فان احكام الكتاب كلها في احوال الاجرة بما يتعلق منها بالعقد والعوضين والعاقد
ولو بواسطة وفي المقدمات الثلث نظر بل الظاهر انه ابعد التفاسير وبما يدل عليه او يؤيده عبارة في النافع
حيث قال وهي تمليك منفعة معلومة بعوض معلوم فاراد بها غير المعنى الاسمي فكذا المعنى كيف كان ففيه
مقاصد اربعة الاول في العقد وثمرته تمليك المنفعة المعلومة بعوض معلوم ولفظ الاجارة مشترك
بينها وبين العقد عليها عند الفقهاء نظراً الى الاطلاق المتواقع في الموضعين فان الفاظ المعاملة
كالبيع والاجارة والصلح الى آخرها تارة تفسر بالعقود واخرى بمعانيها او حقيقة في المعاني ومجاز في العقد
لعلاقة السببية كما عن الشهيد الثاني واورد عليه بانتفاء تلك العلاقة لان السببية الملحوظة
في المقام انما هي بين العقد وبين آثاره وغاياتها اعني الملكية والزوجية ونحو ذلك لا بينها وبين
معانيها الحاصلة بقيد الموجب خاصة اعني التمليك والتسليط من غير توقف على القبول
الذي لا يتم العقد الا به قلت لم اجده في المسالك ولا في الروضة لكن يمكن تصحيح العلاقة المذكورة

بان المراد

لو تبو اجاله

العقول المعتبر

٣ بان المراد بالمعاني ليس مجرد العقد للعقود الاثر في الصادر من الموجب اعني انشاء تمليك العين او المنفعة او التسليط
عليها او على البضع وما شبه ذلك بل ما يشترط ترتيب الاثر الموقوف على القبول وهذا نظير ما على كون
الافعال التوليدية حقيقة في المقدمات الموقوفة بالخبر فلا يصدق الاحراق والتعليم والاستفهام على
مباشرة المحرق والمعلم والمستفهم من المقدمات الا بعد تحقق الاحراق والتعلم والفهم وهذا اولى في الالتزام بالا
شتراك وتجديد العكس لان لم تجد مصرحاً به فيكون حقايق في نفس العقود ومجازات في معانيها بناء على اختصاص
الاصطلاح بنفس العقود وكون التعبير بالتمليك مشتملاً من المجاز ويؤيده تغليب الاطلاقات على العقود على
الاطلاق على المعاني كما لا يخفى على الراجع الى تعاريف عناوين المعاملات في ابوابها كما يتم جريان الاطلاقات على
المعاني الثابتة لها في العرف العام لان المغايرة بينها وبين تلك المعاني المبحوثة في الفقه انما هي بالاطلاق
والتقييد ثم ان التعريف المذكور لا ينتقض طرداً بالصلح الواقع على المنافع كما في الروضة وهبتها المعوضة كما
في المسالك والعارية المعوضة كما قيل واجيب عن الاول بان الصلح ليس من التمليك وان افاد فائدته
احياناً لبدليته فيابه مقام البيع والاجارة وسائر العقود فان ذلك يدل على كونه موضوعاً للقدر المشترك
بين الكل وهو التمليك الاعم من تمليك العين او تمليك المنفعة فلو كان معناه التمليك لزم الاشتراك والفساد قطعاً
اللهم الا ان يلتزم بما هو واضح الفساد من جعله يراد فاً للتمليك ومع ذلك بحث يقوم مقام الابراء والاباحات
بكنية معنى آخر فالاشتراك بحاله وهذا الجواب جيد ولكن لو اجيب بان الصلح على المنفعة ان قصد به التمليك
فهو داخل في الحد وبناء على المواسعة في الالفاظ العقود كما بانه وان قصد به معنى آخر غير التمليك كالتسالم
فلا نقض لكان اجود لان هذا ينفع في عبارة الكتاب ايضاً بخلاف الاول فانه لا يجدي في الاول تعريف النافع
واللمعة ونحوهما مما عرفت الاجارة فيه بالتمليك واما الوجه ذلك ففيه ثمرة العقد فالنقض بحاله كما لا يخفى
ومن هنا يظهر ان جعل التمليك حداً اولى من جعله ثمرة خلافاً للمسالك فرجح الاولوية معكوسة نظراً الى كون
الشيء ثمرة لشيء لا ينافي كونها ثمرة لغيره ايضاً فجعله الثمرة سليم عن النقض المذكور بخلاف الحد فينتقض التمليك
كما في النافع واللمعة وتصفيته ان ذكر الثمرة في المقام بقيد الحصر لكونه بمنزلة الحد فلا بد لها في الحد فظعه
على الطرد والعكس وبالاشتراك يخبر الانعكاس فيها مشتركان في النقض واما ايراده قدس سره ثانياً على ما
في الكتاب بان تمليك المنفعة ليس ثمرة للعقد بل الايجاب الذي هو جزء العقد فقد دفع مما عرفت
في تصحيح العلاقة السببية وهو اولى في التفصي عنه بان جعل ثمرة لنفس العقد في باب نسبة الشيء الى جزء السبب لمانيه

ما فيه من التعسف وبعد التوجيه وفي الثاني بان الهبة يعتبر فيها انها ان لا يكون في مقابل التمليك اي الموهوب
عوض وان كان مقابل التمليك بخلاف الاجارة اذ المعتبر فيها ان يكون العوض مقابلا للتمليك اعني المنفعة
نحو البيع بادله مال بمال قلت احد النقض الهبة المعوضة مبني على صحة هبة المنافع وليس كذلك والجواب
المذكور غير كاف لنقض تعريف البيع بها لا اساس له بالمقام وفي المسالك نقض احسب عن الهبة لان
العوض انما هو في مقابل التسليط على المنفعة لا في مقابل التسليط عليها فغنى نفس المنفعة نقلت الاجارة
اباحة المنفعة مطلقة او مشروطة وليس فيها تمليك شيء اصلا التي وهو ان الجعالة بل الاجارة
في مقابل المنفعة كما لا اشكال في البيع وان اجماع العمدة وكانت الاجرة انفع منفعة لم يوقف على كونها مالا
لعيانيا كما هو احد القولين فيها وظاهر الشهيد حيث ذكر في الالتماسات تبدلا الافتراض ردا على ما سبق من ان هبة
الجعالة اعم من تمليك المنفعة وكون المنفعة ضرر لك لما صح على المنفعة لا يصح نقضا وعور عوضها
عتبار عدم تبين العوضين مبني على كون اسامي المعاملات اسامي للصحيحة عند الفقهاء وهو غير بعيد كما
ادعاه الشهيد قده وان لم يكن كذلك في العرف العام والادلة الشرعية التي هي مناط استنباط الاحكام لكن
يتمسك في جميع حدود المعاملات لما فيها في الاخلال بذكر الشروط كما لا يخفى والدفع يتحقق كما في الروضة باصدق المنفعة
ويمكن النفع عنه بقيد عوض معلوم لان النفع ليس مملوكا تلك معلومته لكن شرع بحسبه وصدق اسم النفع
عقد يتعين المدة وتعيين كونها بكرا او ثيبة ويكتب ما في الاوصاف المختلف باختلافها عند الناس في الصواب
مع كونه عوضا او ضوح كون المراد به المالية لا بحكم لذا لا يعد الثواب عوضا في المقام والا ينقض الحد
بنب السكني والتحامي والعارة المنفعة في وجه لا بد فيه الثواب بل لو كان النفع بالا كان من
في المنافع اولى من جملة من الاعيان ينقض حينئذ الاجارة بالنكاح بتمام النفع وان لكن النفع منه من المهر
ليس من اركانه وكيف لا ينقض العقد في نفقه الى الايجاب والقبول الدالين على التمليك المذكور
ويمكن ارجاع المستثنى الى نفس العقد فيكون الافتقار اليه في اللزوم خاصة واما الفقهاء فقبلها لكنه من ذكر
في كتاب البيع لاتحاد طريق المسئلتين وتحصيله انهم اختلفوا في حكم المعاطاة في البيع على اقوال والمراد بها
ان يعطي احد الاثنين شيئا او عوضا بما فيه منه او اخذه اصحها اللزوم كما عن المفيد وهو موافق لما
عن ابي حنيفة حيث قال بانها بيع صحيح لا تفاوت كونها كذلك اللزوم معنا الى من شرع في التصريح بان التعاطي يكفي
ولا يحتاج الى الايجاب والقبول وثانيها الافادة في الملك وهو الموافق لما تقدم عن المحقق

الثاني

٣

٥ الثاني في دفيه المحكي عن اطلاق الاباحة في كلامهم اباحة جميع التصرفات حتى المتوقف منها على الملك ولا شبهة في اباحة
التصرفات الغير المتوقفة عليه فانه كما في ظاهر الحواشي المنسوبة الى الشهيد قده حيث منع من اخراجه في الخمس
والزكاة ووطء الجارية وفي ظاهر المبسوط والسرائر والقواعد في باب الهدية بدون الايجاب والقبول
ايضا انه يجوز جميع التصرفات حتى الوطء في الجارية ويقع ذلك القول به في البيع وظاهر الاول وظاهر الثاني عدم
الاباحة ايضا كما في المعاوضة الفاسدة كما عن العلامة في النهاية وان جمع عنه بحمله على ان المراد بها
الملك الجائز المتزلزل فيتعين حمل الاقوال على احد حالي العوضين كما عليه المحقق الثاني في جامعه انه يجب
حمل قوله بالاباحة على ما زعمه بعض الاقوال في الخمسة ونقل بعض مشايخنا قده في جواهر الكلام عن بعض
مشايخه انه حمل المعاطاة الجارية بين الناس معاوضة مستقلة فيراعي فيها ما هو ثابت لمطلق المعاوضة
ويجري عليه احكامها لا احكام العقودين الخاصة كالبيع والاجارة ونحوهما ونحوها يعتبر الاقوال ستة
ثم ان الاباحة يحتمل كونها شرعية كما هو ظاهر الاكثر القائلين بها على ما يأتي وكونها مالكية ان المالك في
مقابلة اباحة الاخر فيكون اباحة معوضة باباحة كالهبة والعارية المعوضتين او ذات واباحة شيء في مقابلة شيء
وفي تعقله في الاباحة نوع خفاء وهذا اعني الاباحة المالكية حرره بعض مشايخنا في جواهره فالاحتمالات او الاقوال ح
سبعة وقبل التكلم في حكم المسئلة ينبغي تحرير محل النزاع الخلاف واعلم ان التعاطي قد يكون على وجه الاباحة
وقد يكون على وجه الهبة والمبادلة على سبيل ما فيه الخلاف فلا يتصور ثالث او رابع فلا ما نسبه بعض مشايخنا
قده فرض ثالثا بان يتعاطيا توصلا الى مجرد الاخذ والاستيلاء والمعاطاة بان يتعاطيا قاصدين للتمليك
المحض دون البيع وقد سبق فيه في الاثناء خلو الدفع عن قصد عنوان من عناوين البيع او الاباحة او الهبة
او الاجارة ويمكن دفعه بان الغرض في المقام كان اللفظ في العقود قد يكون مسلوب المعنى نعم لا بد للعقد الا
خيار من غرض فاذا كان هو محض التوصل الى الاخذ ثم الغرض الثالث في الثاني بان حقيقة البيع في الاعيان
ليست سوى التمليك فقصد التمليك المطلق عين قصد المبادلة نعم لو قلنا باعتبار لفظ مخصوص في البيع
شرطا او شطرا للماهية لم يكن قصد التمليك بمجرده بيعا والظاهر انه قده مذهبه في البيع ذلك فيتم الغرض لكن يرد
ح ان قصد المبادلة في المعاطاة لا يكون قسما اخر مقابلا لقصد التمليك المطلق ثم ان الظاهر تربيع الاقسام
وكيف كان فمحل الخلاف هو احد القسمين الاولين بل الاخير ولا اشكال فيه انه الاول وهو مختار بعض مشايخنا
قده جار على ما تقدم اعلاه ما قلنا ان الظاهر كون الثاني محل كلام الاصحاب لا يليق باصحاب الطلبة وجه الا

لما فسناه من الكلام

ستق

الاستاد العلامة قده وتبعه المحقق الثاني والحكم غير ذاهب في الشافي بين محل الخلاف الصورة الثانية نظرا الى
ظاهر كلمات الاصحاب بل صريحهم حيث فرعوا على اعتبار اللفظ في البيع فساد المعاطاة بين من صرح بفساد دين
من صرح بانها بيع فاسد فلو لم يكن الكلام في المعاطاة مع قصد المبايعة والمبادلة بل بمجرد الاباحة وتسليط
على التصرفات لكان التفريع من افحش الاغلاط وكيف يتوهم انهم جعلوا من ثمرات اعتبار اللفظ فيما
لم يكن فيه اثر وعليك اصلا ونعم والخلاف في المسئلة قبل الشافي بين كان بين ابي حنيفة واصحابه
وبعض اخر من العامة وبين الاصحاب ومذهبهم الاكتفاء بالمعاطاة بيعا صحيحا ومذهب الاصحاب عدم الاكتفاء
بها بيعا بل اباحة للتصرفات وهل يتيقن قولهم تحقق البيع مع قصد المتعاطيين الاباحة وكون الخلاف
بينهم وبين الاصحاب لفظيا والحق نظرهم الى بيان حكم ما هو المتعارف في الاسواق والاعصار من
المعاملات المجردة عن الصيغة والمفردة حاكمة بان غرض الناس ليس الا الاكتساب والمبادلة ومع
ذلك كله فالذي دعاه الى جعل محل الخلاف الصورة الاولى ليس الا استبعاد قولهم بالاباحة
مع فساد المعاوضة مع اتفاقهم كلا او جلا على عدمها في المعاوضات الفاسدة ومخالفة قاعدة تبعية العقود
للقصود وكما صرح به المحقق الثاني نظرا الى كون المطلق اعني الاباحة غير مقصود للمتعاطيين والمقصود
وهو الملك غير حاصل لكن الاستبعاد اذا كان معارضا بما يجب المصير اليه وهو امور منها رفع
اليد عن ظهور التفريع ورفع اليد عن ظهور كون النزاع بينهم وبين العامة معنويا ومنها رفع اليد عن انصراف تسليمهم
للمعاطاة بما يجري بين الناس من المعاملات صورة قصد التمليك وهو ابعد من الكل اذ فيه من التعمية في
الكلام والاغراء بالجهل ما لا يخفى حيث يطلقون الحكم بالاباحة في المسئلة المذكورة ويريدون بها اساسا
يتبادر منها غيره ومنها ذكر المطلق لو سلم عدم الانصراف وارادة المقيد من غير دلالة عليه ومن بها نظيره ان
مجرد شرب كلماتهم مع الصورة الاولى لا يجدي في مخالفة القواعد المذكورة الا بعد الالتزام بمخالفة قواعد اخر
النقض واعادة المحذور لانهم ان ارادوا الاطلاق لزمهم ايضا الخروج عن القاعدتين وهو في بعض الا
افراد وهو ما لو قصد التمليك والمعاوضة فلا بد ان يقولوا فيه بمخالفة العقد للقصد وتاثير الاذن المطلق
في جواز التصرفات وان ارادوا خصوص ما لو قصد الاباحة فقد خالفوا عليه اطباق العقلاء في نسخ ذكرنا
هو الظاهر وارادة خلافه من دون نصب قرينة ولا يرد مثل ذلك لو جعلنا محل الكلام صورة قصد
التمليك لان الانصراف المذكور كاف قرينة عليه مضافا الى ظهور كلماتهم في ذلك من الجهات التي

اقوال المعاطاة

اليها ومنها انهم ان ارادوا بالاباحة اباحة جميع التصرفات حتى ما يتوقف منها على الملك كالبيع والعتق
والنكاح وانما لها وقفه فقد خالفوا القواعد المحكمة المسلمة بينهم في غير المقام وان ارادوا خصوص غير المحتاج الى
الملك كان عليهم نصب القرينة على التخصيص ولو فرض ان عموم القواعد المذكورة قرينة على التخصيص قلنا
الامر بالعكس لان كلامهم في المقام عريب في المختص حاكم على تلك القواعد العام فلا يصلح جهت تلك القواعد
قرينة للخروج عن ظاهر ما يقع به اطلاق الاباحة ولو سلم عدم كونه اخص نظرا الى كون النسبة بين قولهم لا بيع
الا في ملك مثلا وقولهم المعاطاة تفيد اباحة التصرفات عموما من وجه مع ان فيه تاملا لما عرفت ان الاطلاق
باباحة الظهر كما لا يخفى مع ترجيح كلماتهم ولذا ترى من استثنى التصرف الموقوف على الملك بل على الا
عدم النصر ... القائلين بالاباحة ومما ذكرنا يندفع ايضا ما يقال ان غاية ما في الباب قيام بعض القوائم
في كلماتهم على كون محل الكلام الصورة الثانية وهو لا يصلح للخروج عن بعض القاعدتين المحكمتين المتلقاتين من
ظواهر الاخبار والايات لمعارضتها لاجماعات القواعد فلا بد من التاويل او ارتكاب خلاف الظاهر في المقام
ايضا وجه الاندفاع ان التاويل في كلماتهم يفيدنا القطع بحيث لا يبقى مجال للتاويل وان امكن في بعضها فلا ان
الاقوال المذكورة حتى انه منها اعني الاباحة اظهر في الصورة الثانية فاخرجه في الصورة الاولى خارجة عن
المعاطاة المتنازع فيها فلا ثبات فيها الملك حكم اجمعوا على ثبوته في العوضين في المعاطاة مخالف للقاعدة منها
صيرورة احدى ملكا لاخذها بتلف الاخر بما واد عنده فلم يعلم من قصد المتعاطيين الاباحة دون المعاوضة
فلا يلتزم فيها بالملك وان كان مجمعا عليه في المقام كما انه لو انعكس الامر لو حملنا محل النزاع الصورة الاولى
فانه لكان اللازم اباحة التصرفات في صورة قصد التمليك والمعاوضة ولا يلتفت الى كونها مجمعا عليها
في المقام ايضا وهذه ثمرة تبين محل النزاع ثم نقول كما انه يعتبر فيه قصد التمليك كذلك يعتبر فيه وجود جميع
شرائط البيع عدا اللفظ اخذا بالظواهر المذكورة فان مقتضى التفريع على خصوص شرط اللفظ وجود سائر
الشرائط واستلزام البطلان لعدم صحة كونه شيئا الى خصوص فقد ان الصيغة فلو تعاطيا على مبادلة مجهول
بمثله او معاملة لا تثمر شيئا او مع الصيغة لم يجر عليه حكم المعاطاة ولازمه عدم اباحة التصرف ايضا واذا
تحقق ذلك فنقول ان في المسئلة اقوالا قولان في الفقيه وهو اللزوم لانه موافق للاصول والعمومات
كتابا وسنة والثاني قول المحقق الثاني وهو ان قول المفيد على فرض ثبوته انما هو بعد الفراغ عن
افادتها الملك فنتكلم اولا في انها تفيد الاباحة كما هو المنسوب الى المشهور او الملك كما عن المحقق الثاني وعليه جماعة منهم

والاطلاق المخصص ح

بصار عنها ح

الحكم لعدم ح

التابعين

التنافي بينه ولهذا قال صاحب الرياض او تفيد الملك كما عليه المحقق الثاني وكثير ممن تأخر عنه

واستدلوا عليه بآيات منها قوله تعالى احل الله البيع وطريق الاستدلال به من وجوه احدها ان

المراد بحلية حلية ما يترتب عليه من الآثار وهي ملازمة للصحة لان آثار المعاطاة الفاسدة حرام ولذا استدل

بجميعها على فساد كما تحقق في الاصول وثانيها ان تحليل المعاطاة امضاء لها جميعا بحيث عليه بين الناس

ولا نعني بالصحة الا كونها محلا للامضاء والشارع على ما هو عليها وثالثها ان المتبادر من تحليل المعاطاة عرفا

هو الصحة ابتداء او من جهة الثاني ويمكن المناقشة فيه اولا بان الاستدلال بها مبني على احراز كون

المعاطاة بيعا وفيه منع اما لكونه اسما للصحيح شرعا كما هو قاعدة تشبيه ذكر في المسالك التصريح بان اسامي العقود

اسامي للصحيحة مستدلا على ذلك بعلائم الوضع من التبادر والوفاء وعدم صحة السلب اولان حقيقة البيع عرفا لا تنفك

عن الصحة لانه من الامور التي لا تنقسم الى صحيح وفاسد كالوطء والكسر ونحو ما من الافعال الخارجية التي ليس

لها فرد فاسد ولو سلم كونه اسما لخصوص الايجاب الصادر من البائع القابل للتأثير وغيره فيأتي فيه ما سبق

مباني الافعال التوليدية فتأمل او في بعض الموارد من عدم صدقها على المقدمات الا بعد ترتب النتيجة كما

في الاستفهام والقتل والاحراق وما اشبهها والى احد الامرين ينظر ما في الغنية من دعوى الاجماع على ان

المعاطاة ليست بيعا في الايجاب والمجرد الكاشف فان ظاهره الفتوى تنفي الماهية وثانيا ان ظاهرهم

الاجماع على اعتبار الصيغة في البيع لم يكن شرطا عندهم للصدق فلا اقل من كونها شرطا للصحة ودعوى انها

شرط للزوم دون الصحة لا شاهد لها بل استقرار طريقتهم على المحافظة على ضبط صيغ العقود الى يومنا هذا

بحيث انه لا يجوز ما قيل في الكلام المنقول بين الطائفة في الجملة ولا يقدح فيه عدم العمل بعموم ما

الى غاية الاجماع من حيث المورد من حيث الكلام لو لم نقل بان مراده خصوص العقود اللازمة ولا بأس

في الاجازة ولم نقل بالمواساة المطلقة في جميع صيغ العقود فيؤخذ بالقدر المتيقن ويعمل في خصوص

العقود اللازمة وفي اعتبار الالفاظ المخصوصة فهو من مطلق سطره ومقيد مجمل في البيع

مطلق الصحيح اللازم قطعا واما بان تحليل البيع لا يدل على ارادة من اباحة التصرفات فهو غير

مستلزمة لحصول الملك من حين المعاطاة فيجمع بين مفاده والاصل بالتزام تحققه آنا ما قبل التصرف

الموقوف عليه فالثمرات المذكورة بين القول بالاباحة والملك كالنماء المتجدد ونحوه بحالها ثم

نوقص اصحاب الاباحة بغير ما يحتاج الى الملك كما عرفت لان اطلاق الآية حجة عليه لكن له الجواب عن

ذلك

٥ 9 عن ذلك بجعل دليل التوقف قرينة على التخصيص وخامسا بان سياق الآية سياق قوله تعالى اقيموا الصلاة

واتوا الزكاة من حيث ورودها مقام تشريع الحكم الالهي فلا اطلاق لها عنه لشك فيه شرطا او شطرا هذه فصول

ما قيل في تزييف الاستدلال بها وفي الكل نظر اما الاول فلا اصل عدم النقل وعدم ثبوت الحقيقة

الشرعية وقول الشهيدين مع عدم الالتئام عليهما اذ من المحتمل ارادة من حيث كونها مذكرا في فروع الكتابين ارادة

بيانها بان اسامي العقود عند المتشرعة دون الشارع ومنه يظهر ضعف الاستشهاد عليها بالسليم

اسم البيع عن المعاطاة مع ان النفي فيه فجاز ردده بين نفي الماهية ونفي الصحة ونفي الكمال ونفي

الوصف الظاهر هو في المقام اللزوم كما لا يخفى على من سبر موارد استعمالاته واطلع على ما تحقق في الاصول

واما اصالة كون البيع موضوعا للصحيح في العرف وعدم انقسامه الى الصحيح والفاسد فهو على فرض تسليمه غير ضائر

لان المتبع هو الصدق العرفي ولا بأس فيه خطأ العرف في الموارد والذي ثبت فساده عند الشارع

الاصل في الصدق هو الاصابة الا ما ظهر خلافه كما ان الاصل بعد احراز الصدق العرفي الحكم بالصحة الا

ما ثبت فساده لو جعلناه في العرف موضوعا للاعم والفاسد يتطرق الاشكال في الاصل على التقدير

الاول بان الرجوع الى العرف في الموضوعات واحراز وجوده كاحراز كون هذا ماء ان لم يرجع الى الاشتباه

في مدلول اللفظ ومعناه بل الى الاشتباه في المصداق بعد تبين المفهوم فيتوقف على حصول العلم

بحكمهم ولا يعول فيه على الظن كما لا يخفى فكيف يلتفت بصدق البيع عرفا على تقدير اتضاح مفهومه واشتباه

مصاديقه لكن يمكن دفعه بان حكم الشارع بحليته بناء على كونه في العرف اسما لخصوص الصحيح للحد

له الا بعد الاكتفاء بالصدق عرفا والا كان في ايضاح الواضحات فيكون معنى احل الله البيع

احل الله ملك آثار ما هو في الواقع ونفس الامر صحيح مضافا الى تحقيقه للاثر المقصود فالترخيص في البيع وتحليله يكشف

عن الاكتفاء الشارع في احرازه بحكم العرف الى ان يرد فيه نهي عنه والحاصل ان البيع اما اسم عرفا للاعم

من الفاسد فحينئذ لا ينفك بعموم الآية في حلية المعاطاة واما اسم لما لا ينفك عن الصحة مع الاكتفاء

العرف في احرازه وعلى التقديرين تم الاستدلال واما الثاني فما المنع اليه ضرر وكبرى لان الاجماع

على اعتبار الصيغة في الصحة غير مظنون فضلا عن كونه معلوما وهذا المحقق الثاني يزعم ان مذهب الاصحاب كون

المعاطاة بيعا صحيحا مفيدا للملك وقد ذهب الى الملكية اللازمة من القدماء المفيد قدس سره ومال اليه غير

واحد من الاعلام كالاردبيلي وغيره على ما عن الرياض والى الملكية المتزلزلة جم كثير من المتأخرين وكيف يظن

او يدعى الاجماع في المقام ولو سلم فانما هو اجماع من الكثر من تقدم منا ثبت في شبهة عرفت لهم لا انهما لما حكم عليه
على الاعتبار به الوجه في العبادات او نحوها من انه لدى الذي استفيدت بينهم ولا الحصول لهما واما الثالث فلان تلك
الجائز انه يزل بكفي بسبب من محض علي ما قلة لجواز التصرف فيه ولو بالفسخ والرجوع وانما الممنوع التصرف حقيقة
هو الملك اللازم فالحديث لا ينافي القول بالملك الجائز اصلاً واما الرابع فلان اباحة التصرف مما ثبت دون
حصول الملك ليست تحليلاً للبيع حقيقة بل تحليل الشيء اخر ضرورة اقتضاء ماهية البيع التمليك كما ان
تحليل العبد والتمر مثلاً يستلزم تحليل ما فيها من اللذة والحلاوة سلمنا لكن عموم اباحة التصرف تابع لعموم
على انه لا عتق الا في ملك مثلاً يدل على حصوله ودعوى انه لا ملازمة بين العتق والملك الا بالاجماع
في المقام واضحة الضعف كدعوى الجمع بينها وبين الاصل بالتزام الملك عند التصرف فانه لان هذا اذا كان
ممكناً الا انه يحتاج الى دليل ولا يقتضيه قاعدة الجمع بين الادلة اذ لا ريب في ان المستفاد من قوله لا عتق الا في
ملك وقوله يجوز عتق الماخوذ بالمعاطاة كونها سبباً للملك بعد فرض عموم الاول وعدم تخصيصه بالاجماع واما
الخامس فلانه قول عن جزاف غير معتمد على شاهد وانا القول في افهم الصنواة بالاهمال في حجة كون
الصنواة مجملاً وهذا الصدق مطرد في كل حكم متعلق بموضوع مجمل فان اجمال الموضوع دليل على عدم الطلاق الحكم
دوروده مورد التشريع مع ان طريقة الاصحاب قديماً وحديثاً على الاستدلال بالاية في موارد شتى ويكفي
على الخبر المقطع ومنها قوله تعالى ولا تاكلوا اموالكم بينكم بالباطل الا ان تكون تجارة عن تراض والكلام في
تحقيق الكلام في الاية الاولى من غير فرق ومنها قوله تعالى اوفوا بالعقود ووجه الاستدلال به على ما قرره
الناعدين عن الضلال ان العقد هو العهد لغة وعرفاً كما في تفسير علي بن ابراهيم في صحيحة ابن سنان فيتحد
ما فيه معاهدة قولاً او فعلاً ودعوى ان مقتضى اللزوم المفقود في المقام بالاجماع فلا ينافي في المعاطاة
بين جواز العقد لا ينافي وجوب الوفاء به ما دام كونه باقياً غير منفسخ لان جواز الرجوع يقتضي وجوب العمل
بمقتضاه العقد قبل الرجوع شيء اخر ولا منافاة بينهما قلت ولولا ذلك لم يدل على اللزوم مع نصيحته
الفهم لجواز الفسخ بخيار المجلس في بعض موارد كالنكاح والصلح مما ليس فيه خيار للمجلس وبناء الاصحاب
على خلافه والى هذا ينظر ما قيل من ان منع الاية وجوب الوفاء بالعقد مطلقاً انه لازماً كان او جائزاً
فيشمل العقد والجائزة الفهم ولا فلا مفهوم محصل له ان اريد نفي دلالتها على اللزوم حتى تثبت من الى
ان جواز الفسخ او الرجوع ويمكن المناقشة فيه بعد المساعدة على صدق العقد على المعاطاة مع ان للمنع

مجلد

الموقوف على الكلام

11 من الانظار الى ما قيل من ان معنى العقد العهد الموثق ولا وثوق الا مع اللفظ بل المتبادر من وجوب الوفاء بالعقد هو
القيام عليه وعدم البناء على خلافه دون الالتزام بالاثار ولذا استشهدوا بها على وجوب الوفاء في سائر اسباب الملك
كالارث ونحوه والسر فيه ان العقد هو العهد والوفاء بالعهد مقابل نكثه والاعراض عن نفسه لا عن اثاره ولذا
لا يعد سرقة البائع المبيع نكثاً له مع ذلك لانه على عدم جواز الرجوع او ما في ولا انها على وجوب العمل بمقتضاه ونوضح
المقام ان تصرف الناقل فيما نقله يتصور على وجهين احدهما ان يتصرف فيه بانيا على العدوان والظلم
الى ان يتصرف في سائر اموال صاحبه وثانيهما ان يتصرف فيه بانيا على الرجوع فمن عهده من يد اجنبيه وخلفه
عن التنادم عن الوعدة عملاً لما لا يقتضيه رجوعاً في عدته ومن الواضح ان الاول لا يعد خلفاً للعهد ولا منافياً
للوفاء والثاني يعني الرجوع المتنازع فيه فالامر بالوفاء انما يدل على عدم الرجوع لا على عدم تصرف المنافي بنفيه
العهد لا نفيا للرجوع عن العقد الكامل نافذاً في الواقع فلا منع للنهي عنه والا لم يكن سقوطاً لكشف عله بنهي عنه لانا
نقول ان الامر بالوفاء يكون ارشاداً كالنواهي المتعلقة بالمعاملات على ما هو الحق من عدم حرمتها ذاتاً بل تشريعاً
ولما ذكرنا الحقه امكان القول بدلالة الاية على اصالة الجواز عكس ما هو المشهور ولا انتهاء على اصالة اللزوم نظير ما استدل
به ابو حنيفة على دلالة النهي في المعاملات على الصحة لكنه ضعيف كضعف المقيس عليه ثم لو سلم عدم ظهور الوفاء في
المعنى الثاني فلا اقل من الاحتمال الكافي في منع الاستدلال فلا دلالة لها على الصحة الا فيما هو لازم من العقود كما عليه
الكل ولا الجائز وهذا الفهم يدل على صحة المعنى الاخر فلعل المعنى الاول لان مقتضاه عدم نهوض الاية في اثبات
اصالة اللزوم في العقود كما لا يخفى وبالجملة تحقيق ذلك انه تم وهذا ورد على الاستدلال بها في الرياض بان المراد
بالعقود العهود المتعارفة في زمان صدورها فلا بد من احرازه تعارف العقد او لا ثم الاستدلال بها على وجوب
الوفاء به ونتيجة فيه نظيره وليس لوجه لانه خروج عن ظاهر بلا نقيضه الجمع المحلى باللام للتاكيد وقصور ما يقابل ان الثبات
على عمومه يستلزم تخصيص الاكثر لخروج العقود الجائزة والفاسدة شطر بحث على المعهود وفيه انه لو سلم ليس
من تخصيص بل من تقييد مادة العقد والتقييد بالاكثر غير معيب بل حد تقييد تعتبه بالاكثر كما لا يخفى وقد يستدل ايضاً
على حصول الملك بالمعاطاة بالاخبار الواردة في المعاملات كقوله عم المؤمنون عند شروطهم وقوله عم لا يحل مال امرئ
الا بطيب نفسه وقوله عم الناس مسلطون على اموالهم وتقريب الاستدلال بالاية الاخيرة والجواب الجواب
وتقريب الاستدلال بالثاني ان التمليك يقلب للمال مع طيب نفس يحد مقتضى الرواية وفيه ضعف واضح لان
التمليك ليس فيه من التحليل شيء ولذا لا يفيد العقد الفاسد اباحة اصلاً مع ان الاستدلال مبني على كون

المشتمل

الاستثناء في النفي اثباتا و بعد الكفاية مشهورا الا انه على فرض صحة بقية مقدمته لا يتضمن حجة في مورد الخلاف
والاشكال وتقريب الاستدلال بانا لا شك ان التمليك كيف شاء ابقه من وجوه السلطنة على المال فيجب
ثبوته في المعاطاة وتضعيف اولا بان مقتضى الجمود على الخبر التسلط على التصرفات في موضوع المال واخراج المال
عن الملك والمالية الثابتة للملك ليس تصرفا في المال وثانيا ان السلطنة على التصرفات لا يقتضي سلطنة على
ايجاد السبب له وتاثيره في ماله بسبب من التصرفات ولذا لا ينافي الحديث لما دل على توقف النكاح على العقد حتى
في الاباء فالاولى الاقتصار في الاستدلال على الاية الاولى وفيها كفاية مع الاعتضاد بالسيرة القوية الجارية
على التصرفات الموقوفة على الملك الكاشفة عن امضاء الشارع والمناقشة فيها بانها من المسامحات التي نشأت من
عدم مبالاة الناس بالشرع كالسيرة الموجودة بين النسوان في عدم ستر الشعر والبدن خصوصا بعد ملاحظة تفريع
الاصحاب اعتبار الصيغة في العقود اللازمة موكول دفعها الى الانصاف واما المناقشة بانها انما تستوفق على
التصرفات الموقوفة على الملك هذا لا يستلزم حصول الملك حين المعاطاة بل حين التصرف فهي مدفوعة اولا
بامكان دعوى بناء الناس على الوجه الاول وثانيا ان الثاني امر غريب لا يلتفت اليه فقيه اذ لا دليل
عليه وبلى الوجه الاول وبعضها انفع بدليل عليها امور ذكرها دليلا او تاييدا للقول بالملك الطالب للقول
بالاباحة لم نفف العلماء في مكتوبه على القواعد منها ان الفريقين اتفقوا على حصول الملك بالتصرف
او ارادته من الملكات وان لم يخطر ببال المالك الاذن في ذلك بخلاف قول اعتق عبدك عني
وتصدق بمالي عنك واجيب بانه لا باس بالتزام حصول الملك الاصلي وجواز التصرف وتوقف بعض
التصرفات على الملك كتصرف ذي الخيار والواهب فيما انتقل عنهما بوطئ والبيع والعتق وفيه انه انما يجب
مع انحصار الامر فيه وليس كذلك لامكان القول بالملك من اول المعاطاة ولا ريب ان هذا اولى كما عرفت
انفا ومنه يظهر فساد القياس بتصرف الواهب وذي الخيار مع ان بينهما فرقا اخر وهو ان سبب الملك في
المقيس عليه هو الرجوع والفسخ وقد علم حل العقد الاول وان لم يشترط بالكشف بهذا غير كون ارادة التصرف
مملكا فان اريد من القياس اثبات امكان ذلك فلم يكن محتاجا اليه لان الاحكام انتزعته من تتبع الادلة
ولا استحالة في ثبوتها مطلقا وان اريد نفي الغرابة فالمقصود غير حاصل اذ لا غرابة في كون الرجوع الفعلي مطلقا
او مع الكشف مؤثرا في انحلال العقد ولذا شرع الاقالة النادم بخلاف كون ارادة التصرف مؤثرا في
حدوث الملك فانه امر غريب لم ينص بالمعاطاة بل قد قيل انه قول بالملك بلا سبب لم يكن بعيدا [illegible]

لاجل

13 من حيث قلة الكلام في المعاطاة صورة قصد المتعاطيين الاباحة فربما يختلج في ذلك بان الاباحة هنا نظير الاباحة في نثار
العرس في توقف خروج الملك عن المبيح على اخذ الاخذ وتصرفه وهو باب معروف في الفقه كما في اباحة الانفال
واباحة العرض مطلقا كما ورد في تمليك البعير الذي تركه صاحبه ان سيبه بسبب المسافة فلذا بعد الاغماض عن القول
بان الاعراض سبب لخروج الملك نقول بان تملك الاخذ لا يتوقف على تصرفه بل على قصده عند الا
خذ لحصول الملك بالتصرف في على غرابته ثانيهما انه يلزم مخالفة العقد للقصد وان المقصود منه
التمليك دون الاباحة وهذا هو الذي الجأ المحقق الثاني الى تنزيل كلمات القائلين بالاباحة على الملك الغير اللازم
فانه والتكلف بعيد احضر ضار مع صراحة جملة منها بعدم حصول الملك الا ان مراعاة قاعدة التبعية الجاء اليه مضافا
الى قربه لان الملك الجائز من حيث كونه معرضا للزوال قريب الى الاباحة ودفع ذلك انه اولا بان
تبعية العقود للقصود مورد العقود الصحيحة والمعاطاة ليست منها عند القائل بالاباحة فليس فيها انه للقاعدة
المشار اليها على القول بها لان القول بها مستند الى دليل دل عليها لا الى المعاطاة نفسها حتى يكون مستحيلا
وجود المعلول بلا علة قلت ويمكن المناقشة فيه بان الاباحة عند القائلين بها مستندة الى نفس المعاطاة
كما عن قواعد الشهيد التصريح بان منشأها الاذن المستفاد من المعاطاة وكلماتهم كالصريحة بل صريحة في ذلك فيرتابه
للشارع وكيف كان مستندة عندهم الى دليل شرعي تعبدا على خلاف القاعدة لكان اليه في
كلماتهم كلا او جلا او بعضا اشارة فالقول بها مع قصد المتعاطيين التمليك مخالف للقاعدة بداهة نعم لقائل
ان يقول بما ذكر في بقاء نفسه فلا كلام في هذه الجهة واما جهة الملك التي الجأ عليه فلا وثانيا بان مخالفة
العقد للقصد ثابتة في موارد كثيرة فلا غرابة فيها عندهم وذلك منه ضمان المقبوض في العقود الفاسدة
بقيمته والمثل مع كون مقصودهما الضمان بالمسمى ومنه العقد المتضمن للشرط الفاسد بناء على صحته كما هو مذهب
الاكثر الفقهاء لان المقصود منه التمليك على وجه خصوص وهو غير حاصل بل الحاصل هو التمليك المجرد
عن الخصوصية وكذا بيع ما يملك وبيع ما لا يملك فانه لا يبقى ما هو المقصود وهو ملك الكل بل البعض الذي
هو غير مقصود قلت مخالفة اثر العقد للمقصود قد يكون على نحو التضاد وقد يكون بالزيادة والنقصان
وموارد النقض من قاعدة التبعية الكائن اثرها مقصود منه في المقام من الاول وهو الذي لا يأبى عنه شيء من القواعد
من تبعض العقد بحالته والثاني فلا استحالة فيه ولا تأباه القواعد ايضا لان الاثر المقصود من العقد
ان كان واحدا بسيطا في نظر العاقد الا انه ينحل الى فردين او الى افراد ولا منافاة في تاثيره في احد الجزئين الذي

او الاجزاء

اوالما رجب دون الاخر وحديث زوال الحبس لزوال الفقد منا لطة في المسببات المترتبة على ممنوع لان في العقود ولا في الايقاعات كالنذر والوقف ونحوهما فاندفع النقض بالمثالين الاخيرين واما المثال الاول فالجواب فيه اوضح لان ضمان القيمة ليس انشاء حاصلاً من انشاء الغاصب اذ انشائه لا انشاء له اصلاً بل هو مستند الى اليد ودعوى انهم يقولون ضمان القيمة بالاقدام على الضمان في ضمن العقد مدفوعة بان غرضهم دفع المانع عن تاثير اليد في ضمان القيمة اقتضى اذن المالك حيث انها توجب عدم الضمان لا اثبات المقتضي وتمام الكلام في محله ثم ان من جملة الكلام صورة ما قصد الاباحة صريح في مخالفة العقد للقصد ولكن اشكل الضمان اي لان الاباحة المطلقة تقتضي عدم الضمان واعتذر عنه بان ذلك ليس اذناً مجاناً بل اذناً بالاتلاف بعوض كما في الاذن بالقرض والاذن في الحمام ذون تعيين الاجرة فان المقرض يقرض مثلاً او قيمة والعامل يستحق اجرة المثل وغاية الامر ان المضمون في المقام هو المسمى دون المثل والقيمة كما في التقابض المقابلي وهو غير قادح لعدم قيام الدليل على صحته هنا لخروج الاذن لان مقتضى الصحة ضمان خصوص المسمى والا لم يكن صحيحاً قلت المضمن في المقابلين هو الاتلاف دون التلف بان التلف في المقام حرج
ومنها تعلق الاخماس والزكوات والاستطاعة والديون والنفقات وحق المقاسمة والشفعة والمواريث والربا والوصايا ونحوها مما لا تتعلق الا بالاملاك بالعوضين مع بقاء الاخر عدم التصرف وكذا ثبوت الفقر والغنى بوجودها وعدمها وتحقق محال لان ما ليس بملك كيف يقوم مقام الملك بلا دليل واجيب بمنع انحصار تعلق هذه الامور في خصوص الملك فلم لا يجوز ان يتعلق بما هو بمنزلة الملك في الانتفاع به وبيدله قلت مع اختصاصها بالملك المستفاد من الادلة وبناء على الاعم غير فرض اجمالها ومنع الاكتفاء على الاباحة مدفوع بالاطلاقات الادلة وعلى الثاني بالاصل ومع دوران الامر بين مخالفة بين القول بحصول الملك بالمعاطاة لا يسع لاحد اختيار الثاني مراعاة لاصالة العدم اذ الاصل لا يعارض الدليل والاصل واحد لا يعارض امور كثيرة فافهم واما الخمس وسائر الحقوق فمنع تعلقها قبل حصول الملك بعوضه او تلفه والاولى الجواب بذلك على الكل ودعوى استقرار السيرة على تعلقها قبل اللزوم مجازفة كما لا يخفى ومنها كون التصرف من جانب مملكاً للجانب الاخر مضافاً الى غرابته استناد الملك الى التصرف واجيب بذلك بنا على ما اجيب عن الاول ومنها كون التلف السماوي من جانب مملكاً للجانب الاخر والتلف

الجانبين

الجانبين معنياً للمسمى من الطرفين ولا رجوع له الى القيمة او المثل حتى يكون له الرجوع بالتفاوت واجيب بان التلف بعد القبض في المعاطاة كتلف المبيع قبل القبض في يد البائع بعد ملاحظة امور ثلاثة الاجماع على عدم الضمان بالقيمة بل بالعوض المسمى وقاعدة على اليد ما اخذت واصالة تاخر حدوث الملك قلت نقح الجواب ان ضمان المأخوذ بالمعاطاة عند التلف بالمسمى اما اجماع او لا وعلى الثاني لا يرد الاشكال المذكور وعلى الاول فهو لا يستقيم الا بالالتزام احد امرين اما القول بالملك من حين القبض او القول به عند التلف وحينئذ الامر هو الموافق للاصل تعليق المصير اليه ولقائل ان يقول هنا احتمال ثالث وهو الخروج عن قاعدة الضمان بالمثل او القيمة اولاً ما نعم من صيرورته المسمى بدلاً جعلياً من اثر ولكنه احتمال لا يلتزم القائل بالاباحة الاجماع وعدم الالتزام بان يقال انكم تقولون بالملك عند التلف ولا دليل عليه سوى الاجماع على عدم ضمان القيمة وهو الامر المدعى اللهم الا ان يلتزموا بذلك كما هو المحتمل فلا يكون من باب تلف المبيع قبل القبض ويرد عليه ان محصله حصول المعاوضة القهرية على القول بالاباحة قبل التلف وبين ذلك من المعاوضة الاختيارية التي يقول بها القائل بالملك بل الظاهر ان هذا المخلص بالمقام لان تلف المبيع قبل القبض سبب لانفساخ العقد شرعاً قبل التلف ليس من المعاوضة القهرية التي يلتزم القائل بالاباحة هنا ومنها ان الملك ان حصل قبل التلف فهو غريب وان حصل معه فهو اغرب وان حصل بعده فهو محال واما الجواب بالحوالة ما في الاجوبة المتقدمة وليس فيها ما عدا هذا للقائلين بتلف المبيع قبل القبض ومنها انه لو غصب احد العوضين غاصب من الطالب على القول بالاباحة واجيب بان لكل منهما المطالبة ومنها انه لو تلف في يد الغاصب فان حصل الملك فهو غريب والا فهو بعيد واجيب باختيار حصول الملك ايضاً الى اطلاقهم حصول الملك بالتلف وانكار اجماع فهو والا فان تلفه من مال مالكه ثم ان الامور المشار اليها لو لم تعد بنفسها او بعد ملاحظة السيرة وسائر الادلة العلم فلا اقل من افادتها الظن وهو من الظنون الحاصلة من العمومات والقواعد العامة الشرعية فلا مندوحة للفقيه عن العمل به تقع الكلام في ان الملك الحاصل بالمعاطاة لازم كما عن المفيد والاردبيلي وبعض المتأخرين والكاشاني موافقه ام جائز كما عليه الاكثر وتحقيق ذلك يتوقف على تنقيح المستند من اصالة اللزوم في المعاطاة فنقول قد استدل عليه بوجوه اولها الاصل لان الملكية صفة قائمة بالاموال لا بد لها من مزيل فاذا شك فيه وجب الحكم بثبوتها استصحاباً لها ولاصالة عدم المزيل

وجلنا عبارة عن الاحكام التكليفية المنتزع منها ذلك الصفة استصحابها انتهى فرق وقد يناقش فيه بان الملك ينقسم الى قسمين لازم وجائز فموضوع المقام مما تشك فيه عنده ونه لم يجز الاصل لدوران المستصحب بين ما هو قابل للبقاء بعد الفسخ او الرجوع وغير قابل والانتيجة الاستصحاب لو كان الثابت اولا الملك اللازم او شك في مرتبته ثبوتي والجواب اولا ان اللزوم والجواز حكمان ثابتان للاملاك لاختلاف اسبابها ليسا صفتين منوعتين للملك الى نوعين والضعيف بان دعوى الملكية من الاعراض القابلة للشدة والضعف كالبياض والسواد وساير الكيفيات المختلفة في الخارج شدة وضعفا ومنها الطلب المنقسم الى الوجوب والندب ولا نتعقل من لزوم الملكية الا تأكد العلاقة الموجودة بين الملك والمالك الحاصلة من الميثاق والعهد المتعلقين كذلك ومن جواز ها عدم التاكيد وضعفها كيف واختلاف الاحكام لاختلاف اللوازم كاشف عن اختلاف الحقيقة واللزوم وعدمه استنادا في اختلافهما في المقام الى اختلاف الاسباب دون المسبب حقيقة مدفوع بان اختلاف السبب لو لم يؤثر في موضوع الحكم فكيف يؤثر في نفس الحكم مع ان تعدد الاسباب مع اتحاد المسبب لا ينفع في استصحاب القدر الجامع وهو متحد وان تعدد الوجه وخفي علينا حقيقته بان قلت ان اللزوم والجواز لو كانا من خصوصيات الملك فاما ان يكون تخصيص القدر المشترك باحدى الخصوصيتين بجعل المالك او بحكم الشارع فان كان الاول كان اللازم التفصيل في اقسام التمليك من قصد الرجوع وقصد عدمه او عدم قصده وهو بديهي البطلان اذ لا تأثير لقصد المالك في الرجوع وعدمه وان كان الثاني لزم امضاء الشارع العقد على غير ما قصده المنشئ وهو باطل في العقود لما تقدم ان العقود التابعة للقصود عند الشارع يتبع القصد قلت تختار الثاني ولا يرد نقض العقد للمقصود لان الخصوصية المميزة ليست هو اللزوم والجواز الذين هما حكمان شرعا وعرفا عليها بل ما عرفت من اختلاف نفس علاقة الملكية شدة وضعفا كما ان الوجوب والندب ليسا فصلين للطلب الحتمي وغيره ان اريد بهما استحقاق الذم على المخالفة وعدمه لان الفرق بين الطلب الحتمي وغيره انما يرجع الى اختلاف حقيقة الطلب الخارجي من ارادة الفعل شدة وضعفا مع ان الفرق بين اللزوم والجواز يرجع الى امر عدمي فان الجواز هو عدم اللزوم وقد عرفت ان مخالفة العقد للمقصود لا مانع منها اذا كانت بالزيادة والنقصان وانما الممنوع مخالفتها على وجه التباين الكلي فان امضاء العقد كذلك ليس امضاء له اصلا بخلاف الاول فانه امضاء للعقد في الجملة اي بالنسبة الى بعض مدلوله فلاحظ

ان قصد

9

17 ان قصد العاقد اللزوم او الجواز منه ربك لا يجدي شيئا كما ظهر انه فالمرجع ما قيل انتهى ان انشاء الملك اللازم والملك الجائز في الهبة والبيع وغيرهما مما ينقسم الى لازم وجائز على نسق واحد لا نجد وجدانا فرقا في نفس الانشاء والانشاء توضيح الاندفاع ان انشاء الملكية حصول لها عند اسبابها امر قهري يختلف باختلاف اسبابها ولو كانت اختيارية واختلاف الاسباب واضح شرعا وعرفا فالتحقيق ان علاقة الملكية تختلف قوة وضعفا حسب اختلاف الميثاق والعهد ومن اجله تختلف حكمها لزوما وجوازا وثانيا بامكان استصحاب القدر المشترك بناء على استصحاب الكلي كالحدث المردد بين الاصغر والاكبر على ما تحقق في محله وفيه ان استصحاب الكلي والكان صحيحا في مثل المقام من الشك في الرافع الا انه امر دقيق مختلف فيه بين الاعلام لا يصح التمسك به لاصالة اللزوم فيما يشهد بها بين الاعاظم الكرام وثانيها الآية قوله تعالى اوفوا بالعقود لان المراد بالعقد هو مطلق العهد كما مراده بالتمسك بعقد اللغة وعرفا والمراد بوجوب الوفاء العمل بمقتضاه فاذا اقتضى تمليك العاقد ماله من غيره وجب العمل بما يقتضيه التمليك وترتيب آثار ملك الغير عليه فاخذه من يده نقض له ومناف للوفاء المأمور به ثم باطلاقه يحكم بعدم التصرف بعد الفسخ الخ قلت يبدلها على صدق العقد على المعاطاة وعدم اعتبار اللفظ في صدقه عرفا او شرعا باقي فيه المناقشة المذكورة سابقا عند تقريب الاستدلال بها على الملكية في غير لزوم بل ان وجوب الوفاء بالعقد انما يقتضي وجوب العمل بمقتضاه على تقدير بقائه وعدم زواله وان شك في زواله بالفسخ والاقالة ونحوهما لم يجز التمسك بالعموم المذكور لاثبات عدم الزوال اذ الشك فيه ناش عن كون الموضوع في التمسك بالعام في ترتيب احكامه لان دليل الحكم لا تعرض له لحال الموضوع الا ترى انه لو قال اكرم عادلا لم ينفع في اكرام عادل شك في زوال عدالته فلا بد فيه من الرجوع الى الاصول والامارات المقررة للموضوعات نعم يمكن الاستدلال بها على المعنى الاخر الذي ذكرناه وهو ان الوفاء عبارة عن عدم نقض العهد ونكثه والثبات على عدمه وعليه فذلك بالعمل على خلاف مقتضيه بادائه الرجوع والابطال للعقد واما العمل على خلاف مقتضيه لا بعنوان النكث بل بعنوان الظلم فليس نقضا فمطلق اخذ المال في يد الغير بعد تملكه له لا يعد خلفا ونكثا للعهد بل اذا كان بعنوان الرجوع عن العقد كرجوع النادم فالآية تدل على اللزوم لكن ما يصدق عليه العقد عرفا من غير حاجة الى التمسك لا لاطلاق المذكور الذي يمكن منعه بدعوى ورود الآية في مقام التشريع العقود ناسخا او امضاء وقيل ان في الآية ثلثة اوجه احدها وجوب الوفاء بالعقد ما دام كونه باقيا وثانيها وجوب العمل بمقتضاه وثالثها وجوب الوفاء والمضي عليه وعدم الرجوع وعلى الاولين لا دلالة لها

اصالة لزوم

على اصالة اللزوم

حال ذلك لابد اولا من تبيين

على لزوم العقد

على لزوم العقد وعلى الاخيرين تدل عليه الا ان اللزوم على الاول منها يستفاد من الحكم التكليفي لان وجوب العمل
بمقتضى العقد لازم للزومه وعلى الثاني ينعكس الامر فيستفاد التكليف من الوضع وقد عرفت انه يستفاد منهما
حكمان تكليفي ووضعي فان اريد من الشهادة احدهما معينا والاخر احالة فمرجعه الى احد الوجهين والا فلا مفهوم
محصل له وكيف كان فتقرير الاستدلال بها على الاصل المذكور واشكال ضعف الاحكام قد مضى اليه الاشارة
وهو كون المراد بالعقود المتعارفة في زمان صدورها كما عليه في الرياض والحدائق تبعا للاستاد البهبهاني قده ووجهه
بعض من تاخر فيكون مجملا غير نافع في مورد الشك في اللزوم من جهة الشروط والاجزاء وان في اللزوم نظرا الى كثرة
ما طرء عليه من التخصيص الكاشف عن الوهن لكن هذا الاشكال خفيف اثره جدا اذا كان الشك في اللزوم من جهة
الشروط والاجزاء بان شك في كون الاصل العقد الجامع للشرائط لازما او جائزا فلو علم كونه من العقود اللازمة في
الجملة وشك في شرطية شيء له كاللفظ اتجه التمسك به فتدبر جيدا ومنها قوله تعالى ولا تأكلوا اموالكم بينكم بالباطل
دل على لزوم كل عقد يفيد الملك من العقود بالملازمة بالتقريب المذكور في الاية السابقة ومنه يظهر وجه الاستدلال
بقوله عم الناس مسلطون على اموالهم اذ لو كان لاحد منع المالك من التصرف في ماله ولو مما يرجع من العقد وقوله
عم لا يحل مال امرء مسلم الا بطيب نفسه والانصاف ان نهوض الاطلاق الحديثين عند الشك في ان
للمالك الرجوع بالمنع عن التصرف فيه يدل على اللزوم ولا يخلو من تامل لامكان دعوى انصراف المال الى الاموال
المتعارفة الثابتة المستقرة المحتاجة في انتقالها الى سبب جديد الا ان الخروج عن الاطلاق بمجرده مشكل فلا
البناء عليه متعين ومقتضاه البناء على اللزوم في كل عقد يدعى خلافه حتى يثبت خلافه مطلقا او في بعض
الاحوال فاذا ثبت لزوم الرجوع فيما بعد ذلك الى استصحاب الخيار او عموم [illegible] على الوجهين في
معارضة استصحاب العموم والعموم ومنها قوله عم المؤمنون عند شروطهم لان الشرط هو الالزام فيشمل العقد
لانه التزام وهذا مبني على صدق الشرط على الالتزام الابتدائي الغير التابع لعقد وعلى جواز البناء وعلى وجوب الوفاء
بالشروط الابتدائية والعقد بين منفي هنا لان الشرط قد يقال المحقق انه الالزام التابع كما عن القاموس الشرط
الزام الشيء والتزامه في البيع ونحوه [illegible] شيخنا العلامة قده نظرا الى [illegible] في الاستعمالات [illegible] قوله عم في
دعاء التوبة ولك يا رب شرطي ان لا اعود في مكروهك وعهدي ان اهجر جميع معاصيك وقوله عم في دعاء الندبة
بعد ان شرطت عليهم الزهد في درجات هذه الدنيا [illegible] منهم الوفاء ويمكن ان يرجع اليهما [illegible] قوله عم
في صحيحة [illegible] الشرط في الحيوان قال ثلثة ايام للمشتري [illegible] قال البيعان بالخيار ما لم يفترقا

واما المقدمة الثانية فلان المتيقن عدم وجوب الوفاء بالوعد ونحوه من الالتزامات الابتدائية والمتيقن ان عدم تأثير الشرط في
العقود الجائزة من هذه الجهة نظرا الى عدم زيادة الفرع على الاصل فلو كان الوفاء به لازما لكان الوجه فيه كونه شرطا
لا التبعية لا كونه تابعا لا يجب الوفاء به في العقود اللازمة وخامسها الاخبار المتفقة في ان البيعان بالخيار ما لم يفترقا وانه اذا
افترقا وجب البيع وانه لا خيار لهما بعد الرضا ومنها الصحيح [illegible] الا انها لا تختص [illegible] اصالة اللزوم في العقود [illegible]
الوجه الاول ان الاصل لا يختص ذلك في غير التمليك من العقود الا بملاحظة نفس الاحكام الثابتة لها قبل [illegible]
احدها فيكفي دونه في التمليك لان الملكية ثابتة للاستصحاب على جميع المذاهب في الاستصحاب بخلاف نفس الاحكام
ففي العقود الاذنية [illegible] لا اشكال في [illegible] الاصل بها اذ لا اثر لها سوى الاحكام الشرعية عليها [illegible] الوضع [illegible]
[illegible] لا بعد الحاقه بالتمليك نظرا الى علاقة الزوجية فيلاحظ الاستصحاب في نفسها لا في احكامها فقط ان الاصل المذكور في
العقود [illegible] لا سند له سوى الاية الاولى وفيها الكفاية وان لم تكن سالمة عن الاشكال كما عرفت اذ [illegible] ذلك [illegible]
قول الفقيه قده من الاقوال [illegible] كونه مظنة الاجماع على خلافه مركبا وبسيطا الا ان [illegible] ثابت كما عن المختلف لان كلام
الذي [illegible] قال في [illegible] الفقه ينعقد البيع على تراض بين اثنين فيما يملك البايع له [illegible] جميعا وتراضيا بالبيع
وقبضا البيع وافترقا بالابدان وهو ليس بصريح في عدم اعتبار الصيغة في اللزوم والظاهر بعد [illegible] انه في الموافقة [illegible]
ذكر [illegible] بعد الافتراق بالبيع [illegible] لا يتصور الا [illegible] الافتراق في ضمن العقد اذا [illegible] في المعاطاة [illegible]
[illegible] كما ذكره غير واحد من الاعلام انه اراد بيان ما هو شرط في الصحة واللزوم لا في بيان [illegible] في ذلك [illegible]
[illegible] كون اللفظ عنده شرطا ايضا في اللزوم ويؤيده ما عن كشف الرموز في نسبة اشتراط الصيغة في البيع اليه [illegible]
[illegible] كان [illegible] كشف الرموز [illegible] قده [illegible] بعد [illegible] ايضا [illegible]
ايضا في دعوى الاجماع على طريقة المدرس [illegible] الاجماعات المتفق عليها في الفقه [illegible]
[illegible] فما نحن فيه فصول [illegible] وبعض [illegible] اللزوم [illegible] على عدم اللزوم [illegible]
[illegible] كما [illegible] دعوى الاجماع على ان المعاطاة ليس بيعا وعن جامع المقاصد [illegible] اللفظ في العقود اللازمة بالاجماع وعن بعض
الاساطين في شرح القواعد ايضا [illegible] صريحا على عدم لزوم المعاطاة [illegible] جميع ذلك السيرة [illegible] الجارية على
الجواز [illegible] على الترادد قبل التلف او التصرف في احد العوضين وبذلك [illegible] الخروج عما دل على اللزوم من الادلة
السابقة ولا يلتفت الى المناقشة فيه بان العلامة قده قد نسب اعتبار الصيغة [illegible] الى الاشهر [illegible] الى
الاكثر وان الحاكي [illegible] بان المعاطاة غير لازمة [illegible] في ذلك [illegible] بالخلاف في المسئلة

عدم

على وجه يقدح في تحققه على الطريقة المذكورة ولا يعارض صريح اخبار، نعم الاجماع المنوية بالتتبع والسيرة ولا الا ان
منشأ دعوى الاجماع انحصار اقوال العلماء في امرين الاباحة والملك المتزلزل وكذا كون اللزوم احد اقوال المعقول
الثالث انا لا نسلم انعقاد الاجماع ابتداء على عدم اللزوم لاستنباطه من انحصار اقوالهم في القولين فيتنافى بما
تقرر في الاصول من ان اختلاف الامة على القولين ليس اتفاقا على نفي الثالث مطلقا على الاصح وقد يستدل على
اعتبار اللفظ في اللزوم زيادة على ما ذكرنا بالتضعيف الوارد في مقامات عديدة من حصر المحلل والمحرم في الكلام منها ما رواه عن الكافي
عن خالد بن الحجاج او ابن نجيح قال قلت لابي عبد الله عليه السلام الرجل يجيء فيقول اشتر هذا الثوب واربحك كذا وكذا فقال
اليس ان شاء اخذ وان شاء ترك قلت بلى قال لا بأس انما يحلل الكلام ويحرم الكلام ومنها ما عن ابن ابي
الربيع عن ابي عبد الله عليه السلام عن الرجل يزرع ارضا فيشترط للبذر ثلثا وللبقر ثلثا قال لا ينبغي ان يسمي بذرا ولا بقرا
انما يحرم الكلام وانما يقول لصاحب الارض ازرع ارضك ولك منها كذا وكذا نصف او ثلث او ما كان من
شرط ولا يسمي بذرا ولا بقرا ومثلها روايات اخر وردت في باب المزارعة وفي دلالتها على المدعى تأمل وخفاء لان
حصر المحلل والمحرم في الكلام له احتمالات احدها توقف الحلية والحرمة مطلقا على اللفظ وعدم الاكتفاء بالقصد مطلقا حتى
في التوقف الانتفاع فلا يحل شيء الا بعد صدور الكلام الدال على التحليل من صاحب المال ولا يحرم الا
كذلك فالرضا والكراهة الباطنيين الخاليين عن المقرون بالكاشف اللفظي لا يفيدان حلا ولا حرمة وثانيها اختلاف
ادا مطلب واحد باختلاف الكلام والعبارة الكاشفة عنه حلا وحرمة فان قلت في مقام تحليل البضع مثلا
انكحتك نفسها او سلطتك عليها كان باطلا محرما وان قلت زوجتكها كان صحيحا محللا وكذلك في مقام البيع
ونحوه مما يختلف باختلاف الصيغ صحة وفسادا وثالثها دوران الحلية والحرمة على الكلام وجودا وعدما فبوجوده
يوجد الحلية وتوجد الحرمة وهذه الاحتمالات ثابتة في القول المذكور في نفسه وينبه عليها احتمال رابع مختص بالحديث
الاول وهو ان يراد بالكلام المحلل المقاولة والمساومة من دون اجراء صيغة البيع وفي الكلام المحرم نفس الصيغة فان
هذا هو المنطبق على حكم المفروض في الحديث من منع البيع قبل الشراء بانه اجل محرم بخلاف المقاولة مقدمة
للابتياع بعد الشراء وهذه الاحتمالات ما ذكرها شيخنا العلامة قدس سره في كتابه وقال ان المعنى الاول لا يتعقل في الحديث
الاول اذ لا دخل لتأثير الكلام في الحلية والحرمة في عدم جواز بيع ما ليس عنده فلا معنى لذكره في هذا المقام مع ان
ان البناء عليه يستلزم تخصيص الاكثر وكذا الاحتمال الثاني اذ ليس في المسئلة المفروضة مطلب واحد يكون
تأديته بمضمون محللا وبمضمون آخر محرما ثم ان البناء عليه يستلزم تخصيص الافراد وكلاهما ... لان اجراء صيغة البيع

مر قبل الثاني

او الحرم

ادلة شرطية اللفظ في اللزوم

21 قبل الشراء مناط به وجودا وعدما الحلية والحرمة فلا بأس بالمعنى الثاني ايضا واما غلبة روايات المزارعة فالمتعين منها
هو المعنى الثاني فحاصله ان ما كان اراد الزارع في الحصة ان جعلها في مقابل البذر والبقر حرم وان جعلها في مقابل
العمل حل وعلى هذا يسقط عن الاستدلال به في مسئلة المعاطاة الا انه لا يخلو عن اشعار او ظهور مؤيد ايما تأييد
قوله عليه السلام في رواية اخرى واردة على بيع ما ليس عنده وهي رواية يحيى بن الحجاج عن ابي عبد الله عليه السلام عن رجل قال لي اشتر لي هذا
الثوب او هذه الدابة وبعنيها واربحك فيها كذا وكذا قال لا بأس اشترها ولا تواجبه البيع قبل ان تستوجبها او تشتريها فان الظاهر
ان المراد من مواجبة البيع ليس مجرد اعطاء القول للمشتري ورواية العلائية الواردة في نسبة الربح الى اصل المال
قال قلت لابي عبد الله عليه السلام الرجل يريد ان يبيع بيعا فيقول ابيعك قبل العقد البيع وان يكره حين العقد
وفي صحيحة ابن سنان لا بأس بان يبيع الرجل المتاع ليس عنده يساومه ثم يشتري له نحو الذي ذلك في المقاولة التي
طلبه ثم توجبه على نفسك ثم تبيعه منه بعد وغير ذلك مما ورد في المنع عن بيع ما ليس عنده وتجويز المقاولة
والمراوضة اذ البيع المنهي في هذا المقام لا يصح لفوات اجزاء الصيغة خصوصا بعد ملاحظة عدم قابلية المقام للمعاطاة
نظرا الى عدم كون المبيع في يد البائع قبل تحقق التعاطي والاكتفاء بدفع خصوص الثمن في صدق البيع
محل تأمل ونظر فدلت هذه الاخبار على كثرتها على ان للصيغة تأثيرا لكن لما كان المقام غير قابل للمعاطاة لم يكن ظاهرة في ان
الاثر مستند الى البيع العقدي لاحتمال استناده الى مطلق البيع الا انها لا تخلو عن اشعار مع انك ستعرف في
التنبيهات حصول فائدة المعاطاة ملكا او اباحة باعطاء احد العوضين فدعوى عدم قابلية المقام لها غير وجيهة ثم
ان رواية يحيى بن الحجاج التي اوردها قده تأييدا لما اشتملت اليه من قوله انما يحلل الكلام ويحرم الكلام حسبما نقله
صاحب الحدائق والوسائل غير داخلة في الاخبار الدالة وبعد النسخة التي اخذ منها كانت كما اخذ منه
معنا فيها ولو بعد ضم اخبار المؤيدة لكون المقاولة محللة وكون البيع الكلامي محرما فتدل على ان للفظ تأثيرا
في الجملة الا ان التعليق على الكلام دون البيع له ظهور تام في مدخلية الكلام فلا وجه لسقوط الاستدلال
كما ذكره قده الا ان يقال انه لما كان البيع منحصرا في الكلام بحسب المقام كما عرفت احتمل استناد التأثير
الى الكلام المذكور من حيث كونه سببا محللا او محرما وهذا الاحتمال قائم في ادلة الاحكام بحذو عامة لان تعليق
الحكم بالوصف العنواني الثابت للموضوع ليس له دلالة معتبرة على مدخلية ذلك العنوان والا كان
مشعرا به لكن لو سلم هذا فانما هو فيما اذا لم يجر مجرى التعليل مع ان دعوى انحصار تحقق البيع في الكلام
قد عرفت ضعفها فلا اشكال في دلالته على القول بحجية مفهوم الوصف اذا اريد به كما حقق في محله ممنوع

الى آخ

زائدة عن الذات فيشمل الكلام لكونه معنى زائداً على مفهوم البيع بناء على كفاية المعاطاة واما ما يتحد معناه في اخبار المزارعة
والاستدلال به انما يتوقف على استفادة تاثير العقد الحلال من حيث كونه عقداً لا من كونه مزارعة جائزة متعلقة بالتراب
ثم ان قول الناظر بدلالة من الكلام في الاخبار الاولة البيع ومن التحليل والتحريم المنسوبين اليهما ما يتفرع عليه من الاثر
بالقياس الى البايع والمشتري او بالقياس الى كل منهما فان البيع محلل على كل من البايع والمشتري ما كان محرما
قبل ويحرم ما كان مباحاً كذلك فالمعنى ان المقاولة المذكورة لا تفيد فائدة الكلام ان البيع ولا يترتب
عليه اثره من التحليل والتحريم ثم الاستدلال بعد ملاحظة التعليق على الكلام دون البيع كما عرفت ولا حاجة الى
حمل الحلال شيئاً او تحريمه الالف واللام في الكلام على كونه للعهد كما انها بناء على المعنى الثاني بل الثالث ايضاً
تكون للجنس فافهم فالمراد في الاخبار المزارعة عقد المزارعة على الوجه المفروض في السؤال فانه فاسد فيحرم ترتب
الاثر ولا دلالة له على المطلوب بوجه وحمله على الثاني بعيد وعلى الثالث وكيف كان لا يخفى انه على تقدير ما كان به
ايضاً لا دلالة له الا على جميع التقادير يدل على تعارف الالفاظ في المعاملات لانه كان مفروغاً عنه حين تحريم
المزارعة الفاسدة بالكلام ونسبة التحريم اليه فيتأسس من ذلك ما استقرت عليه طريقة الاصحاب في اثبات
والا فليس في شيء من الاخبار ما يدل عليه فتلخص من جميع ما ذكرنا ان للفظ في المعاملات اثراً وفائدة وهذه الفائدة
مرددة بين الصحة واللزوم فهذه الاخبار بالنسبة الى ما دل على كفاية المعاطاة في الصحة واللزوم من الاصول والعمومات
تجري مجرى المخصص وحيث انه مجمل وجب الاقتصار في الخروج عن مقتضاها على القدر المتيقن وهو عدم اللزوم
لا عدم الصحة ولو قيل ان اجمالها يوجب سقوطها رأساً بالنسبة الى الصحة لعدم كونها من الاقل والاكثر
قلنا بعد المساعدة عليه مع وضوح فساده بالقياس الى العمومات التي تجدد عن الصحة دون اللزوم كفانا الاستصحاب
في اثبات الصحة كما مر وينبغي التنبيه على امور الاول انه يظهر الثمرة بين القولين في امور والمصرح به منها
في كلام المحقق الثاني امران تملك النماء وجواز الوطي ونحوه من التصرفات الموقوفة على الملك وقد عرفت
في كلام بعض الاساطين ان اخراج الاخماس والزكوات وتعلق الاستطاعة واخراج النفقات والديون
ونحوها من الحقوق ايضاً لا ينطبق على القول بالاباحة لكن عرفت الفرق وستعرف العلاقة المناقشة في بعضها
وقال ايضاً في النماء انه يمكن ان يقال حاله حال الاصل عند الفريقين ملكاً او اباحة وقد صرح به بعض مشايخنا
قده ومن ثم نفى الثمرة بين القولين في عمدتها ظهور الثمرة في الارث وفيه ايضاً نظر لامكان الترديد القول بان
موت احد الطرفين ملزم كالتلف لامتناع التراد الذي هو السبب في اللزوم كما صرح به المحقق والشهيد الثاني

بعضها

وبعضها ودعوى امكان التراد في الموت لقيام الوارث مقام المورث مدفوعة بان تشريعه انما هو في التلف ايضاً
لقيام المثل والقيمة مقام التالف كما في تالف زمن الخيار فينعدم الثمرة بالمرة لكن الانصاف ان كل ذلك
لا شاهد عليها في كلمات القائلين بانها لا تفيد الملك وانما تفيد الاباحة اذ الظاهر منه التزامهم بجميع الثمرات فلم
خصوص التصرفات الموقوفة على الملك مع نفيه لشهادة السيرة المأخوذة في اثبات صحة المعاطاة اباحة او ملكاً
فيمكن القول بانهم التزموا به ثقة بوضوح الحال واعتماداً على ما هو من باب المتبادر عند المتشرعة والنماء والارث
ونحوهما انما هو تحت القاعدة على كل من القولين واما الخمس والحقوق فيمكن الالتزام بعدم الاشتغال بالحكم
فيلحق بالوطي والبيع والتصرفات الموقوفة على الملك جوازاً ويلحق بالنماء والارث وجوباً حاصل الاقلين عدم وجوب
اخراجها لكن لو اخرجها كان ذلك هو الحكم لظهور الثمرة في مراعاة شروط البيع وعدمها فعلى القول بالملك لزم
مراعاتها وتحقق العدم لا نظر في البيع في النصوص وكلمات الاصحاب الا ما كان ذا اثر وهو الحاصل بالعقد فيرجع في
المعاطاة الى الاطلاقات والعمومات في غير ما اتفقوا عليه من الشروط وهذا قريب فلا يشترط في معاطاة الاثمان والنقدين التقابض
ونحو ذلك من شروط البيع مطلقاً او شروط بعض الاقسام بقصد التملك بناء على كون المقصود من الشروط
وعلى هذا يمكن القول بكفاية المعاطاة الكاشفة عن الرضا ولو تجردت عن قصد التمليك كما هو الحال
بين القولين الاتيين ثم ان لما ذكرنا من عدم اعتبار شروط البيع صرح الشهيد قده في مجمع بيع
الحواشي فتنقض مع عدم اشتراط القبض وهو الكاين من القائلين بالاباحة الا انه نص على عدم تبادل ذلك
على مذهبه لسقوطه في المعاطاة مطلقاً وعلى القول بالاباحة لا مجرد في شيء منها لانه من ملاحظة الدليل الدال
عليها فان قلنا انها على القاعدة لم يعتبر شيء منها وان قلنا انما ثبتت بالاجماع لزم الاقتصار على القدر
المتيقن فان كان المستند في حصولها عموم الناس مسلطون على اموالهم سقط اعتبار جميع الشرائط وكذا اذا قلنا
ان المستند هو الاذن الحاصل الموجود في ضمن العقد الفاسد كما هو المحقق قد تقدم نقده في قواعد
بخلاف ما لو كان المستند هو الاجماع او السيرة فبعيد انه ان مراعاة شروط البيع في بيع الامر الجاري في السنة
فان مقتضاه وجوب مراعاتها عملاً بالقدر المتيقن والا فلا لكن قد يقال بان المرجع الى الاصل يوجب توقف على
عدم قيامها على السقوط وهو ممنوع لان بناء الناس في المعاطاة على خلاف بنائهم في العقود من مراعاة
الشروط فان كانت السيرة في المقام مستمرة فمستمرة على ما عليه والا فلا وقد يستدل على الاعتبار
بظهور كلمات القوم بانها في المعاطاة المفيدة لشرائط البيع عدا الصيغة ففرقوا لا يحكمون بالملك ولا

بالاباحة

بالاباحة وفيه ان اختصاص المورد لا يقتضي الاتفاق على خروج غيره بل لا بد فيه من ملاحظة حال نفسه والنظر فيما فيه من الا
دلة او الاصول وقد عرفت ان السيرة التي هي العمدة في اثبات حكم المعاطاة اباحة او ملكا لا تفرق بين اقسامها
والفاسدة وقد تبين ان الاقوى تحقق البيع عليها وتاثيرها ما دل على اعتبار القبض في بيع الصرف او معلومية
العوضين ونحوهما من الشروط ولا ينافيه فساد ما عدم ذكرناه صحة مفيدة للملك اذا افادت الاباحة فان بنى القول
في تحققه في اعتبار الشروط وهذا كما انقلب الصلوة في الجملة فيقتضي لو كانت فاسدة لاطلاق ما دل على كونها
لا فيه في نفسه وهو انه ضعيف لما عرفت من الانصراف بل لا شبهة التبادر في ذلك مما وان لم تقل بانصرافه
الى ما كان لازما وكيف يتوهم تناول ادلة الشروط للبيع الغير المفيد للملك فالاقرب عدم اعتبار الشروط
على القول بالاباحة وفاقا لما عرفت من [illegible] الى السيرة وكذا على القول بالملك مضافا الى اطلاقات
السيرة في مساواته ادلة الشروط في جهة الاشكال هذا كله في صورة قصد التمليك واما في صورة قصد الاباحة
فلا يعتبر شروطه ايضا وجهان بانيان على التعرض لحكمها بعد الفراغ من احكام صورة قصد التمليك ونظير ما
البحث في ثبوت احكام البيع وعدمه فعلى القول بالملك تترتب عليها جميع الاحكام التي منها الخيار مطلقا
ويحتمل عدم ثبوت الخيارات المختصة بالبيع كخيار المجلس وخيار الشرط والحيوان نظرا الى انصرافه الى ما كان لازما
وثبوت الخيارات العامة كخيار الغبن والعيب بالنسبة الى الرد وهو حسن وفائدة الخيار يظهر بعد صيرورتها لازمة بتلف
او تصرف وهذه الفائدة متحققة للقسم مع [illegible] قبل اللزوم واما على القول بالاباحة فلا يتحقق الثبوت لعدم
صدق البيع عليها وثانيا كما عرفت في الشروط ولا ينفع في ذلك عدم افادتها الملك ابتداء وبعد افادتها اياه بعد
او العلم بتلف وعليه فيحتمل ابتداء خيار الثلثة في الحيوان لو كان التالف الثمن كلا او بعضا من زمن المعاطاة
او من حين اللزوم [illegible] في المسالك قد تقدم الا انها ليست بيعا والثاني من التصرف
معاوضة بنفسها اللهم الا ان يحمل انتسابها الى المسبب والمتلف ثم قلت هذا الاشكال [illegible] لما اورده
ذلك في المسالك من صيرورة المعاطاة [illegible] بيعا او معاوضة مستقلة [illegible] ويتفرع الاشكال الى ما ذكرنا من
انصراف البيع الى ما كان لازما فلا يثبت حكمه للمعاطاة لا خيار الحيوان ولا خيار الشرط ولا غيرهما مما هو مختص بالبيع لا
لانها معاوضة مستقلة ملكا او على القول بالاباحة كما عن [illegible] الشهيد بل للانصراف كما عرفت واما خيار العيب
ونحوه من الاحكام الثابتة لمطلق المعاوضة فلا مانع منها على القول بالاباحة لكن الخيار يظهر اثره بعد اللزوم ولا يجري من
الاحكام الثابتة للمعاطاة قد ثبت فيها على القول بالملك وبعده على القول بالاباحة وقال ان الشيخ ان خيار العيب

والغبن

والغبن يثبتان على التقديرين كما ان خيار المجلس منتف قلت اراد بتحقيق تقدير صيرورتها بيعا او معاوضة مستقلة
وانت خبير بان الاشكال الذي اورده في خيار الحيوان آت في خيار العيب والغبن وغيرهما اذ المعاطاة ليست بيعا
ولا معاوضة مفيدة للملك على القول بالاباحة والتصرف والتلف يسلبها معاوضة وقوله بانتفاء خيار المجلس على
التقديرين ايضا ليس في محله اولا لانه لا مانع منه على تقدير صيرورتها بيعا اذا اتلف احد العوضين او تصرف فيه قبل تفرق المجلس
الثاني ان المعاطاة لا تختص بالتعاطي بل تحصل بقبض من جانب واحد [illegible] في الدروس والمحقق الثاني وادخلها غير واحد
ممن تأخر في الجنس [illegible] في الباب مع عنوان المعاملات [illegible] مفاد الدليل في الاثبات والسيرة [illegible] التخصيص
منها بالصورة الاولى [illegible] البيع على القول بالملك [illegible] على الايجاب بالقول بالقبول
او القبول القولي بالعطاء [illegible] دفع الثمن بازائه [illegible] حصول الملك او الاباحة ولو لم توجد ثمن [illegible] على الاكل
[illegible] البايع بمنزلة البيع ولو لم يقبض المبيع او دفع شيئا ليأخذ ثمن نقدا او نسيئة فان ايجابا معروفا والقبول
من المشتري [illegible] في حصول الاباحة على القول بعدم الملك لعدم الدليل على تاثيرهما وهذا وجيه لو كان المستند
السيرة او الاجماع مع اختصاصها بصورة التعاطي وفي القدر المتيقن [illegible] لامكان [illegible] ولا الاذن [illegible] اولا
المستفاد من شواهد حال البايع كما تعرف توضيحه في حصول المعاطاة بالصيغة الفاسدة [illegible] على الامرين
على نحو ما عرفت في صورة التعاطي ومنع اختصاصها بالتعاطي من الطرفين كما لا يخفى على من راجع الاسواق
الناس في المحقرات [illegible] في كفاية القبض من جانب واحد لان المعاطاة معاملة بين
اثنين في الجملة [illegible] تحقق بمجرد الايصال من دون اعطاء كما اذا شرب [illegible] دون دفع ثمنه في محله او
استعمال الحمام [illegible] للسيرة على استعمال الحمام مع حضور الحامي
الالتزام بالعوض [illegible] في عدم لزوم ما اتلفه
والانصراف [illegible] لازما ابتداء وفي تحققها بالمقاولة من دون اعطاء ولا ايصال على القول بتحققها بالصيغة
الفاسدة [illegible] وجهان اقربهما العدم فليس لاحد التصرف في الثمن قبل الوصول اليه الا اذا علم بعد ايصال العوض اليه
صرح بعض مشايخنا قدس سره بان الصيغة الفاسدة كافية في المعاطاة وهو من القائلين بالاباحة بل من خص النزاع بغير صورة
قصد المتعاطيين التمليك وهو على مذهبه لا غبار عليه اذ العبرة بناء عليه على مطلق الكاشف عن الرضا
واما بناء على ما اخترناه من الملك واختصاص الكلام بما لو قصد التمليك فيشكل ذلك بان سبب الملك اما العقد
او القبض ولو من جانب واحد [illegible] لكن في المحقق الثاني في صيغ العقود [illegible] الا صدق القول

بالملك

بالملك في الروضة ايضا ويظهر من الكفاية ايضا قال في الاول بعد ذكر الشروط المعتبرة في الصيغة انه لو اوقع البيع بغير ما قلناه و
علم التراضي منهما كان معاطاة وقال في الثاني ان اشارة الاخرس مع القدرة على النطق تفيد الاباحة مع الرضا والا فهما
الصريح وظاهر الكفاية والكلام في نقض الصيغة او الانشاء في ذون قبض من جانبين او من جانب وهذا شيء غريب فلابد من تنزيل
الاطلاق على الغالب من حصول القبض دون الجملة او التراضي سبب الملك لعقد الجامع للشرائط والمعاطاة ويطلق
اللفظ الكاشف او التراضي على نقض حقيقي المقابض من فرض حصول التراضي بعد العقد الفاسد مع العلم بالفساد
وفي الكل نظر اما الاول فلانه خروج عما صرح به المحقق والعلامة وغيرهما قدس في ضمان المقبوض بالعقد الفاسد وعدم جواز
التصرف واما الثاني فلانه خروج عن الاجماع المحقق بين الخاصة والعامة بان البيع له سبب قولي اذ فرع وكلاهما مفقودان
مفقودان اما القولي فبالفرض واما الفعلي فلان الكلام في القبض بعد العقد ليس انشاء للتمليك ولا انشاء للاباحة بل هو علم
بما اقتضاه العقد واقدام على الوفاء به وبسبب القطع الذي قال العامة وبعض الخاصة بقيامه مقام القول مما يكون مثله
في الدلالة على انشاء التمليك لا مطلق الاعطاء ولو بعنوان الوفاء واما الثالث فلان فرض الرضا بعد العلم بفساد العقد
الكائن بدون القبض فلا عبرة به لان الملك يحتاج الى سبب وهو غير حاصل والكائن منه يرجع الى الاول نعم لو
فرض اقتران القبض بالرضا الاصلي الجديد التابع للعقد الواقع على وجه الفساد كان كافيا في حصول المعاطاة لكنه خارج
عن الفرض فالذي يقتضيه القواعد عدم جواز التصرف مع فساد العقد مطلقا مع الرضا وبدونه مع العلم وبدونه عملا
بالتحقيق المتفق عليه الموافق للقاعدة من ضمان المقبوض بالعقد الفاسد نعم يمكن ان يقال بجواز التصرف مع العلم
بالرضا الفعلي لكن مع الضمان لان الرضا الفعلي انما يؤثر في الحكم التكليفي اعني الاباحة دون الوضعي اعني الضمان
لكنه يتوقف على احراز عدم اناطة الرضا بصحة العقد وجوده مع العلم بالفساد فعلا او تقديرا بان علم من حالهما التسليط
على العين بمقابلة العين ولو علما بالفساد ولا يخفى ان هذا الفرض خارج عن محل الكلام لان الكلام هو جواز التصرف بمقتضى
المعاملة الفاسدة ولو فرضنا الرضا والتسليط المذكورين بنتيجة المعاملة والا فانشاء التصرف اليه ليس تصرفا
بمقتضى المعاملة لانا نقول التمليك بعوض يدل بشهادة الحال على الاباحة بالعوض كما ان التمليك بلا عوض
يدل عليها كذلك وان صرحوا بخلافه ولذا لا فرق ان في جميع احكام المعاطاة في العقود الفاسدة ولا اشارة المسئلة التي
منها عدم ضمان القيمة والمثل بل انما بعد ملاحظة القواعد كون غرضهما خصوص جواز التصرف الذي يحصل بالمعاطاة
بل اليه يشير انكم لكلام لكلام القائلين بالمعاطاة في المعاطاة مما عرفت من تخصيص محل النزاع بصورة قصد البيع
لا وجه لما ان ذلك بعد ما عرفت من التنبيه التصريح به من قبل الاباحة بالاذن المقرر والعامد له لاباحة انما
ذكراه في ضمن العقود والروضة كما عرفت الى ذلك وليس في كلامهما التصريح بالتزام مع

لامانع

٢٧ لامانع من القول بها في العقود الفاسدة نظرا الى شهادة الحال لكن يتوقف على عدم شهادة الحال بتقييد الاباحة بالملك ولا
يحتاج الى قيام شهادة الحال بعدم الارتباط اذ يكفي في حصولها عموم التمليك كما في سائر موارد تقييد الاذن بالعموم بانه يتوقف
على عدم وجود قرينة العدم ويكفي انتفاء القرينة اذا كان هناك اثر له ثم مقتضى البحث في التفكيك بين الحكم التكليفي
والوضعي هنا انه قال قد يقال هنا انه لا تقرير من ارتفاع الضمان بالاذن ولو اجمعوا عليه ظاهرا في العقود الفاسدة
من الضمان وعدم جواز التصرف هنا لكن الاولى ان يدفع بان الاذن الواقع للضمان ما كان مقرونا بالكاشف لما
يحصل به الا ان نظير طيب النفس للمالك في تصرف الفضولي فانه لا يكفي في تنجز العقد على الاثر والثاني بالمنع
من الاجماع لان المسلم منه هو الضمان فانه دون مرتبة التصرف خصوصا بعد ظهور جوابه في المقام من حصول الاباحة
في المعاطاة ودون الملك ويجري هذا ايضا في الفرابة في قول الاصحاب والاباحة دون الملك ويندفع ايضا
ايراد المحقق الثاني عليهم بانه مخالف لتبعية العقود للقصود وظاهر انه لا وجه له وما ذكره في الحواشي دليلا على
الاباحة كما لا يخفى ثم يتبادر مع ذلك يمنع في اباحة هنا الغير التصرف بعقد فاسد من جهة الصيغة بل فهم من كبرى
لان التمليك بعوض لا يقتضي الاذن في التصرف بشهادة الحال لا تمليك المجاني على ما صرحوا به في عدم جواز
التصرف في الهبة الفاسدة ولو سلم بملازمة الاباحة بعوض معين ويأتي الكلام فيه ثم ثم ان اطلقنا على المقالة
ثم الكلام والاقوال هذا وفي كتاب الارشاد للعلامة رفع الله مقامه تحقيق اخر في المقام ومحصله ان الصيغة
الفاسدة يكون معاطاة بشروط ثلثة الاول ان يكون الرضا الباطني في التصرف غير مربوط بصحة العقد وحصول
الملك في الكائن مقارنا معه وعلامة ذلك انه لو سئل عنه لاجاب بالجواز والثاني ان نقول بكفاية طيب
النفس اجمالا في اباحة التصرف كما نقله عن بعض من قارب عصره والثالث ان لا نشترط في المعاطاة انشاء التمليك
بل يكتفي بالفعل الكاشف عن الاذن في التصرف قال وهو غريب والكائن من كلام الاصحاب خصوص قصد التمليك
والثالث بعد في مقابل الانشاء بالقول قلت قد عرفت انه لابد في المعاطاة من قصد الملك لمانه فلا يكفي الكشف عن الاذن الفاسدة
الثلاثة لو اقترنت بالقبض او النقل بنفس اذا كان بعنوان الوفاء بالعقد معه حتى لو قلنا بعدم اعتبار قصد
انشاء التمليك في المعاطاة ضرورة اعتبار عدم قصد عنوان الوفاء مما له والقبض بعنوان الوفاء بالعقد غير القبض
بعنوان التسليط الفعلي الكاشف عن الرضا نعم لو كان القبض مقصودا به الكشف عن الرضا في غير النظر الى كونه
وفاء حصلت المعاطاة بناء على عدم اعتبار قصد التمليك بالفعل او انكر عدم الاشكال في الترخيص الا ان اما في
مواضع عطف لقصد الطيب النفس وتصريح الاصحاب بكفاية شاهد الحال الذي يوجب الطيب النفس الاجابة في دار

هذه القدر لا يوجب جواز التصرف مع الضمان في الفاسدة

مع حصول الشرط على الاول ح

تصدق

١٥

الاول فهو فالنابت موجود مع فساد العقد كما لا يخفى والكلام انما هو مع فرض وجوده وهو خارج عن محل الكلام الا
صحاب في الماخوذ بالعقد الفاسد فانه منزل على ما لو لم يكن هناك طيب نفس بالتصرف سوى الطيب الضمني
المبدل كافي جدا الا ان المنع ضعيف كما مر الرابع تمسكا بالاستصحاب ولا خلاف فيما ادعى بل نقل الاجماع على ان تلف
العوضين سبب للزوم المعاطاة على القولين ووجهه واضح لان تقويم المثل او القيمة يحتاج الى دليل مفقود
اذ المفروض تلف كل من العوضين في ملك صاحبه فلا ضمان للاصل واستصحاب جواز الرجوع وان اقتضى ذلك
كالرجوع في زمن الخيار بعد التلف لكنه غير صحيح للشك في بقاء الموضوع بل قد يقال بما قيل بارتفاع الموضوع جدا
لان الثابت قبل التلف انما هو جواز التراد لا فسخ العقد كما في فسخ الخيار ولا الرجوع بالعين كما في الهبة
وفيه تامل لان التراد في عبارة الاصحاب كناية عن جواز الرجوع في مقابل ولا منافي للتراد الا ذلك ولا لم يوثر
التصريح بالرجوع قبل الاسترداد ولا اظن احدا يقول بذلك وكذا الرجوع بالعين في الهبة فان اثر الرجوع
لا يحصل الا بالسبب المملك ويمكن ارجاع ما قيل الى ما ذكرنا من ان ذلك السبب مشروط بامكان التراد
فلا انتقال لك ذات خبر ان الفرق بين جواز الرجوع هنا وجوازه في الخيار والهبة لا يلايمه فافهم وقد يستدل
بزيادة على ما ذكرناه باصالة اللزوم الثابتة بالادلة المذكورة وفيه ان غاية ثبوتها استصحاب الملكية الموجودة قبل الفسخ
واستصحاب جواز الرجوع لو تم لكان حاكما عليها ومن ادلتها التي قد تحقق في محله ان الاستصحاب بحكم المخصص
حاكم عليهما ودعوى ان الشك في المقام ليس في استصحاب حكم الخاص بل في خروج المعاطاة في حال تلف العين
زيادة عن حال البقاء عن تحت العمومات الدالة على اللزوم مدفوعة بان حال التلف مسبوق بحال البقاء
فلا مانع من استصحاب حكمه له حال التلف لو لا منع تبدل الموضوع الا ترى انه لو لم يكن عموم خاص اللزوم في حال
التلف لم يكن المرجع سوى الاستصحاب المذكور فلو كان مرجع الشك الى ما ذكر لم يجر الاستصحاب لان المدار في
استصحاب حكم المخصص على ذلك فان المحقق الذي عليه في مسئلة تعارض استصحاب حكم الخاص مع العام
ان نظر فان كان الاستصحاب يجري على تقدير سلامته عن معارضة العام فهو مقدم عليه يمنع سقوط العام عن
دلالته ولو لم يكن استصحاب وان لم يكن يجري فالمتبع فيه هو العموم لو كان او اصل اخر غير الاستصحاب وتوضيح هذا المرام
يطلب من غير المقام ومما ذكرنا ظهر حال تلف احد العوضين فلا يجوز الرجوع في الباقي للشك في الموضوع ولا
مثاله فلمنه امكان التراد الموقوف على بقائهما في جواز الرجوع هذا كله على القول بالملك واما على
القول بالاباحة فكذلك لاصالة برائة الذمة عن دفع المثل او القيمة وفيه انها معارضة بعموم على اليد وذلك

وبه عدم عما ... بالملكية
على الجواز بالملكية

عدم

تعقد من قراءة

29 عدم فيه في المقام للاجماع التصرف قبل التلف مدفوعة بان المقدار المسلم منه الحكم التكليفي واما الوضعي وهو الضمان
فلا اذ ليس الاباحة الثابتة في المعاطاة على القول بها امرا تابعا للقاعدة والا لكانت ثابتة في جميع العقود الفاسدة
فاذا كانت على خلاف القاعدة لم يترتب عليها ارتفاع الضمان فما في كتاب الاستاد العلامة رفع الله مقامه
من خروج الماخوذ بالمعاطاة عن قاعدة اليد غير ظاهر المراد اذ ليس حالها الا كحال الماخوذ بالعقد الفاسد في جهة اذن
المالك في الاباحة في التصرف واما في جهة الضمان فلا فرق اصلا اللهم الا ان يتكلف في الاباحة لعدم القائل بالفصل
وهو على تقدير تسليم اعتراف بان الاصل عدم اللزوم عند التلف فيتجه جواز رجوع كل منهما الى الاخر بالمثل
او القيمة الا ان الاجماع قائم على خلاف هذا في صورة تلفهما الا في صورة تلف احدهما فانه حكاه حكاية ابرائه بما
دفعه باصالة بقاء سلطنة المالك عن اخذ ماله الموجود وهي حاكمة عليها مضافا الى عدم تسلط سلطنتين ولا رفع سلطنته
على استرجاع العوض الموجود واستقرار بدل التالف او قيمته في ذمته بحكم على اليد نعم لو قلنا بان العوض المسمى في العقد
الفاسد يرفع الضمان عن المثل والقيمة كما عن بعض من لا يبالي من مخالفة الاصحاب بعض المكوك في الشبهات لم يكن له
سلطنة الاسترجاع لكن لم نجد قائلا بانتفاء السلطنة على الرجوع بل عن بعض الاساطين نفي الريب والخلاف في
اللزوم والانتقال الى العدم كالمعدوم ودعوى اشارة الى عدم الملك فانه اعتمد ذلك نظرا الى ما ذكرناه من الاصل والعموم ثم نقول
اللزوم فان تم اجماع والا فالقول ببقاء السلطنة اقوى جدا انه يستتبع وهو ان معارضة اصالة البرائة والاستصحاب
فيهما موقوفة على الاجماع المركب بين جواز رجوع المالك التالف وجواز رجوع المالك الباقي والا اتجه العمل بكل
منهما في محله وحققناه التفصيل بين رجوع مالك التالف فلا يجوز لاصالة البرائة ورجوع مالك الباقي فيجوز للاستصحاب
استصحاب وكذا لو جوزنا خرق الاجماع المركب بمقتضى الاصل فافهم وفي حكم التلف النقل اللازم واما الجائز
فمن المسالك انه كاللازم لان العائد بالرجوع ملك جديد على القول بالملك وكذا على القول بالاباحة لو كان
النقل معاوضة لانها كاشفة عن حصول الملك للناقل قبل النقل واما غير المعاوضة كالهبة فيحتمل ذلك ولا
سيما وقد قلنا انه اذا قلنا بانها ناقلة عن ملك المالك الاول دون الواهب لعدم كونها معاوضة موجبة لدخول المتهب
ايجاب الحكم بجواز التراد مع بقاء العين الاخرى قلت لا تتكلف الفرق بين المعاوضة وغيرها لان التمليك لو كان
معاوضة فهو اتلاف والتحقيق ان النقل الجائز وان تحقق فيه نقل الملك مع بقاء العين من غير فرق في كونه معاوضة
غيرها الا ان الفارق بينهما هو الدخول في ملك الناقل انا قبل النقل في الاولى دون الثانية لا يجدي فان قلنا
بجواز الرجوع مع ترك ثم ادعى القول بالاباحة وجب القول به في المقام نظرا الى وجود المانع وامكان التراد غايته لا انه

بتز

يؤثر سقوطها اعني الملكية حيث انها قبل التلف كانت ثابتة لم تزل عنه قطعاً وانتقلت الى شبهها المباحة
لها وهو لا يمنع من الرجوع وان قلنا بعدم الرجوع مطلقاً على القول بالاباحة قلنا بهذا الان الوجه الذي قلنا في
جواز الرجوع على القول بالاباحة فهناك اي استصحاب السلطنة على ذلك وعموم الناس مسلطون لا يجري هنا اذا
المفروض زوال الملك عن المالك الاول بسبب النقل وهذا هو السر في الحكم باللزوم هنا بالنقل اعني به مع تعذر
الصفقة لكنه لا يتم على القول بالملك اذ المقتضي للرجوع بناء عليه هو استصحاب جواز الرجوع واصالة بقاء الصفقة
على ذلك دون الملكية اللهم الا ان يقال ان الرجوع مع تعذر الصفقة انما هو في العين خاصة دون الصفقة
الزائلة والرجوع بهذا المعنى لا وجه له في المقام ضرورة عدم تعقل عود العين الى ملك المالك الاول بدون
صفة الملكية ولو عادت العين بالرجوع احتمل عوده لحكم التراد على بعد نظراً الى الاستصحاب لكن فيه ما عرفت من ان
الى ملك صاحبه ولا اجابة ماده الى عدم احراز الموضوع ولو باع ثالث فضولاً كان لكل منهما الاجازة فان
اجاز الاول فهو بمنزلة الرجوع على القولين وان اجاز الثاني كان بمنزلة النقل اللازم ويملك على القول بالملك وكذا على
القول بالاباحة لان الاجازة كالبيع تكشف عن سبق الملك اناما ولو رجع الاول واجاز الثاني ففي نفع الاجازة احتمال
مبنية الرجوع بناء على كون الاجازة كاشفة عن تأثير العقد السابق على الرجوع ضعيف الخامس لو تلفت الصفقة او
انتفعا كان طحن الحنطة او قطع الثوب ففي اللزوم اشكال وخلاف ينشأ من المسامحة في موضوع الاستصحاب
او الدقة وهذا على القول بالملكية وعلى القول بالاباحة فالاصل بقاء الملكية المقتضية للتراد كما صرح به بعض مشايخنا وعلى
القول بجواز الرجوع لو رجع اخذ العين المسلوبة وهل يغرم قيمة الصفقة كما هو مقتضى قاعدة اليد وجهان من فوات ذلك
كما وقت توجه حرمانها في المقام في صورة تلف العين ومن الاجماع على عدم الرجوع مع التلف فان مقتضاه
عدم ضمان للتالف والمنفعة في التالف سواء كان عيناً كان او منفعة كما لو لبس الثوب مستوعباً او صفة وهو الاقوى
ولو تلف بعض العين فعن المحقق الثاني في جامع المقاصد ومنع العقود وتعليق الارشاد الاكتفاء به في اللزوم
لامتناع التراد ولانه يوجب تبعض الصفقة والضرر ومال اليه في مجمع الروضة وتأمل فيه في المسالك بان
تبعض الصفقة لا يوجب بطلان اصل المعاوضة بل غايته الخيار في فسخ المعاوضة فيرجع فيما عدا التالف
الى المثل او القيمة والضرر اجابه في قبله بترك الحفظ على ايجاب البيع باجزاء العين ثم احتمل اللزوم بالنسبة الى
التالف وبقاء الباقي على اصالة الاباحة واختار بعض مشايخنا الاحتمال الاخير قلت الاقوى على القول
بالملك اللزوم لعدم الدليل على جواز الرجوع سوى الاستصحاب الذي عرفت حاله وما نقل عن المسالك من ان تبعض

والظاهر الاول

الصفقة

٣١

الصفقة لا يقتضي بطلان اصل المعاوضة بل غايته ثبوت الخيار لمن تبعضت عليه الصفقة لا اساس له بالمقام اذ لا ريب في كون
الصفقة في الاولى كانت تامة ليس غرض المحقق الثاني في لزوم التبعض فيما اذا اراد وبيان استدلاله بعدم امكان التراد
واما احتمال الاخير فلم ار به قائلاً وفيه القم واختار بعض مشايخنا المبني على مختاره من الاباحة فلا خلاف بينه وبين المحقق الثاني
السادس لو فات بعض فوائده ومنافعه كركوب الدابة وسكنى الدار ولبس الثوب فعن بعض الاساطين انه يفيد الرد
قال فلو تلف كلاً او بعضاً منه او من فوائده بعد قبض عين او منفعة من ركوب او سكنى او حرث او دخول في ملك
ونحوه او بيع او اجارة او زراعة او مساقاة ونحوها على وجه لا يمكن فسخها شرعاً او بالكلا او تلف سماوي ثبت الرد لكن
في المالك من غير اشارة الى الخلاف لا اشكال في التصريح بان التصرف الى اليد المصورة كالاستخدام والانتفاع وانا
ولبس الثوب غير مؤثر في اللزوم بل ظاهره عدم الخلاف فيه وصاحب ذكر الخلاف بعد ذلك في التصرف المغير
كطحن الحنطة وهو الاقرب نظراً الى الاستصحاب مع امكان التراد لكن مقتضى ذلك عدم تأثير الهبة بدون
قبض بطريق اولى فالظاهر منه قده من التامل في ذلك حيث قال الظاهر انه يجزيه وقد اطلق جماعة كونها تملك بالتصرف
ليس في محله ثم لا يخفى عليك ما في كلامه من ان في جزمه بعدم التأثير في مثل لبس الثوب وعدم جزمه في الهبة بلا قبض
مع ان الهبة ليس من التصرف في شيء ثم ان ما حكم من اطلاق جماعة التصرف للعلامة ايضاً يأخذه في استخدام ولبس الثوب
ثم على الكلام المختار من جواز الرجوع لا يرجع بالمنافع المستوفاة اما على القول بالملك فواضح واما على القول بالاباحة
فقيل لانه استوفاها على ان يكون سالماً له عن العوض وهو غير صحيح لان هذا البناء موجود في جميع العقود الفاسدة
وكذا الاذن في الاستيفاء من المالك بل الوجه هو الاجماع على كون التلف ملزماً ومقتضاه عدم الفرق بين كون
التالف عيناً او منفعة او صفة كما مر ومنع كونه ملزماً عدم الرجوع الى قيمة التالف او مثله ولو مزج بغيره فعن المسالك
الفرق بين المزج بالاجود فيلزم والمزج بالادنى او المساوي فاشكال من امتناع التراد ومن اصالة البقاء وذهب
جماعة نقلاً وتحصيلاً الى سقوط التراد في الصور الثلث وهو الحق سواء قلنا ان المزج سبب للاستهلاك والانتقال
او قلنا انه سبب الشركة اما على الاول فواضح واما على الثاني فلان العود الى ملك المالك الاول يتوقف
على التراد الممتنع ثم بناء على القول بالاباحة لا يأتي فيه الرجحان من امتناع التراد فيكون حاله حال التلف من باب
او معاوضة مستقلة من اصالة بقاء الملك واصالة بقاء السلطنة على الاسترجاع والظاهر انه قده ذكر الوجهين
بناء عليه لا بناء على القول بالملك ثم على تقدير البقاء لابد من تحديد الشركة او يغرم المثل او القيمة فيه وجوه وتفاصيل
مذكورة في محله السابع لو تصرف احدهما او كلاهما فيما اخذه من الامر فهو كونه اخبار اللزوم نظير التصرف في زمان الخيار وجهان

ذكر ما بعض الاساطين وفيه نظر اذ نفس كون الجواز او الرجوع هنا حكما شرعيا لا يسقط باسقاط احدهما ولا يورث ولا ينافي
التوقف على الالتزام فرع نادر للسلطنة وبهذا فرق بانه وقد نبهنا عليه في التفصيل بين المنع وافادة التفريع الاسقاط الثاني
لا اشكال في تمييز البائع من المشتري في العقد واما في المعاطاة فقال الاستاد العلامة رفع الله مقامه ما حاصله ان احد
العوضين ان كان من الاثمان المتعارفة فلا اشكال في كون دافع الثمن هو المشتري وان كان كل منهما من العروض او الاثمان
فان قوم احدهما بالثمن دون الآخر فالمشتري هو الدافع المقوم وان قوم كلاهما او لم يقوم شيء منهما ففيه
وجوه احدها ان يكون كل منهما بايعا ومشتريا لصدق البيع والشراء عليه اذ البيع هو مبادلة مال بمال والشراء على
ما نص بعض اهل اللغة هو ترك شيء واخذ غيره والصدق على كل منهما كلا العنوانين لكن احكام البائع والمشتري
لا تثبت لهما لانصراف ادلتها الى مادة الافتراق ثم تظهر الثمرة في مثل النذر وتحقق الحنث اذا نذر عدم البيع
او عدم الشراء او عدمهما والثاني ان يكون البائع هو الدافع والمشتري هو الآخذ لان البيع هو الايجاب والشراء
هو القبول والثالث ان يكون معاوضة مستقلة الرابع ان يكون صلحا معاطاتيا ويرشد اليه انهم
حملوا قول احد الشريكين لصاحبه لك ما عندك ولي ما عندي على الصلح قلت كون احد العوضين ثمنا لا يستلزم
كون دافعه مشتريا ثم المتعارف كون المشتري هو دافع الثمن لكن الفارق حيث لا يفيد العلم ليس بحجة على
انه لا بد في صورة الاشتباه من اختيار احد الوجوه المذكورة والمتعين منها هو الثاني لما اختاره قدس سره في الاحتمالات
لا وجه لها لان احد طرفي العقد الايجاب والآخر هو القبول ولا يتوقف حقيقة البيع على سبق الايجاب
والقبول والشراء وان قيل على ما ذكر الا انه ليس جواز العقد بالنحو المذكور بل بالمنع الذي يفيده قوله قلت
واطلاق الشراء على القبول باعتبار معناه الالتزامي لا باعتبار معناه المطابقي والالتزام سلب المشتري في القابل
اذا قال قبلت لا اشتريت فاندفع احتمال صدق كل من البائع والمشتري على كل واحد فانه مستهجن كما لا يخفى
على المتدبر واحتمال كونها معاوضة مستقلة ايضا لا وجه له في صورة قصدهما المبادلة كما اعترف به قدس سره في بيان اقسام
المعاطاة لان البيع ليس الا مبادلة مال بمال واما احتمال كونها صلحا فهو ايضا وجيه لم نقف على مستنده ان قصد
المبادلة اذ الصلح هو التسالم دون المبادلة نعم لو فرض قصدهما معنى الصلح دون المبادلة كان صلحا لكن
المعاطاة المتعارفة ليس الغرض منها سوى المبادلة بين المالين فتوجيه هذا النظر يبنى الانصاف التناسخ
الظاهر جريان المعاطاة في الاجارة للادلة المتقدمة في البيع والكلام فيما يتعلق بها من انواع مثل الكلام في
فروع معاطاة البيع وقد صرح بذلك المحقق الثاني في تعليق الارشاد وجامع المقاصد وكذا الشهيد الثاني

في المسالك

٣٠٣

في المسالك بل ادعى بعض انه في ذلك وكذا البعض في الهبة وهو المتحقق المنقولات الصريحة العلمية وتأنى للعلامة في
حكم التحرير وجامع المقاصد والمسالك فلا فائدة للحكم عن الشيخ والي العلامة في كل عقد واما مطلقها فحتى يتعلق منها بالمنقول
كالعقار ونحوه فالملاق الحاكم عن جامع المقاصد الفقه من بينها فيه اكذا الطلاق ما في كتاب الارشاد العلامة رفع الله مقامه
لكن فيه ان ارادة الظهور انتفائهم كما صرح به في ذلك على اعتبار الصيغة في الهبة والمراد بها ما يتعلق بغير المنقول كما صرح به في ذلك
ومن ذلك يصعب التمسك بالعمومات في اثبات شرعيتها وليس في ادلتها ما يقتضي الجواز اذ انه مما يقتضيه في البيع وسائر المعاملات
من العموم والاطلاقات التي عرفت الحال فيها فلا ما في الاجماع الحكم المنعقد بعدم صحة الخلاف على اعتبارها في الهبة كما مر
هو يكفي في منعهما سقوطها وعدم نهوضها باثبات الفقه ثم لا منافاة في العدم بما عنده الشك في سائر الشروط فيرجع الى
الافضل وخصوصيا انها لا تستوفى وانما قلنا بالجواز في خصوص العطية للسيرة الواضحة في زمن النبي صلى الله عليه وآله وسلم فانها على تحديد المسألة
ونقول ان الجارية القبطية كانت في الهدايا الى الرسول صلى الله عليه وآله وكانت ام ولده وقد كان يهدى الى النبي في ثيابه الى زوجاته لم
ينقل منه لفظ مرضي عند الفقهاء في العقود الجائزة ولا غير ذلك ونقل انه اهدى اليه صلى الله عليه وسلم من ملك فاهداها الى علي عليه السلام وكانت الهدايا
تحمل اليه من كسرى وقيصر وسائر الملوك فيقبلها ولا لفظ هناك واستمر الحال عن عهده صلى الله عليه وآله الى هذا الوقت في سائر الاصقاع ولذا
تبعث الهدايا على يد الاطفال الذين لا يعتد بعباراتهم فما عن المبسوط من اعتباره تعقيد الرسول صلى الله عليه وآله في عقد الهدية فانا نقول
واوجب لو قبل المهدى اليه وقبضه لزم العقد وملكه والاوفق بما عن الدروس وان صحت عدم اعتبار الايجاب والقبول فيها الا
ممنوع انه المنع وتحديد غير لبيه انه اراد بالهبة الصدقة بقرينة قوله لزم العقد فيريده ضعفا لان ثبوت المعاطاة في الصدقات
كانه ضروري نعم في خصوص الوقف كلام للفقه اعتبار الصيغة فيه اقتصارا فيما خالف الاصل على القدر المتيقن مع سقوط الا
طلاقات والعمومات حتى ما دل على اللزوم في الصدقة فانه متى قوله عليه السلام ما جعلته لله فلا رجعة فيه للمنع الاجماع على اعتبارها في العقود
اللازمة واختصاص الجرح الغني لسيرته بيزه في الصدقات وما ذكره لهذا الحال في سائر المعاملات خصوصا اللازمة فان الحكم بعدم صحة
المعاطاة فيها اشكال فمن التزم بالذي قد يعلى ثبوت سيرته فيه الاانها غير معلومة على وجه يعتمد عليه فما عن التذكرة في
مساواته للبيع في الخلاف غير ثابت نعم صرح به وعدم صحة العناوين على بعض الامارات القاضية بعموم النزاع في المعاطاة في
سائر المعاملات بعد العلم بخروج جملة منها كالنكاح والطلاق والامانة والظهار والحوالة ولذا منع منها المحقق الثاني في تعليق من
مع القول بجوازها في الاجارة فكيف يدعى ان حال المعاملات مطلقا او حال خصوص العقود ما يتعلق منها بالاموال كحال
البيع والخلاف مع انه على فرض ثبوته غير نافع الا على فرض كونه نقلا للاجماع المركب وهو غير ثابت ازيد فلا يكون
نعم البيع مثل الخلاف فيه لا يدل على اجماعهم على الملازمة بينهما كما لا يخفى بل مقتضى ذلك التوقف على مقتضى

الاصل

الاصحاب في كلماتهم لما عرفت من ذهاب العلامة او الجماعة الى فساد المعاطاة في البيع فيكون مذهب الاكثر في غيره ايضا
الفهم مقتضاه اوهن التضعيف في السقوط في العقود والمعاملات الاحد لم يكن سيرة غير مردود بها ولا فرق في بيع ما يتعلق منها الا بالاجارة
واللازم وبين اللانية الا ان ما الاعتبار عن المحقق الثاني في خصوص الرهن وكذا عن عدم صحتها في خصوص الوقف بانها
لا يتصفان بالجواز ولذا لا يأتي فيها المعاطاة لانها جائزة اجماعا منظور فيه لما عرفت من عدم الاشكال في
معاطاة الصدقة اللازمة الواجبة كالفطرة والتحجير مع انها لازمة فلو اعتبرنا بما ذكرنا في الاقتصار على السيرة
في الخروج عن قاعدة اعتبار الالفاظ في المعاملات كان اولى والظاهر ان المزارعة والمساقاة كالاجارة لقربهما موضوعا واشتراكهما
في السيرة واما العقود الاذنية كالوكالة فالاحكام الثابتة للعنوان الخاص لا تثبت بمعاطاته ولا جواز التصرف ونحوه
مما لا يتوقف الا على الاذن فلا مضايقة في الاكتفاء بها على الفعل الكاشف عن الرضا ويدل عليه الفهم مضافا
الى الاصل ان جواز المعاطاة فيها الحكم حتى بالقياس الى الاحكام الخاصة يوجب بقوية الوقف بعينها وبذلك صرح
في المسالك في باب القرض حيث قال ان جواز المعاطاة فيما منافي للايقاف حصوله مع العقد مع كونه الفهم جائزا
ثم اجاب بان جواز القرض ليس كجواز سائر العقود في السلطنة على اثر العقد بل معنا السلطنة على العوض والكان
المقرض مجبرا في رفعه لو دفع بدله واحتمال كون القرض من ذكر التصريح بان السبب الصريح الذي هو اللفظ لا مطلقا
كما احتمله بعض مشايخنا ضعيف وعلى ما ذكرنا من الوقوف على سيرة القطعية يتبع الاكتفاء بها في القرض الفهم و
فالمسالك قال انه حكمه حكم البيع بل الحكم فيه اولى منه في البيع خلافا للمحقق الثاني في الحكم عن صيغ العقود
فيفرق بينهما ان معاطاة البيع تفيد الملك متزلزلا ومعاطاة القرض لا تفيد الا اباحة في التصرف صارا
لعوض لكن ارتفع النمرة في النماء الحادث قبل التصرف وفي السلطنة على استرجاع العين لكن الانصاف عدم الجزم
بالسيرة مع التجرد عن اللفظ مقدم باصالة بقاء ملكية العين لمالكه ثم ليس في انفاذ عقد القرض مضايقة مثل الفهم
في العقود اللازمة المحضة بل يكتفي كل ما يدل على التمليك مضمونا كما ذكره في بابه والظاهر من المسالك ان جواز
المعاطاة فيه مذهب جماعة حيث اكتفوا فيه بالقبول الفعلي قلت يمكن منع الاكتفاء عليها بناء على
اعتبار اللفظ في طرف الايجاب خاصة فليس القول بكفاية القبول الفعلي في المقام والا في غيره كالهبة
والوكالة والوصية ونحوها مبنيا على كفاية المعاطاة من دون لفظ بل اساسها ما حضرني عند التحرير الا بعض المراجعة
في كل منها بها والله العالم ثم ان تمام الكلام في المعاطاة المقصود منها البيع والمبادلة بين المالين
المقصود منها غيره فيقع في الفهم على وجوه منها ان يقصد من العطاء او التعاطي مفاد الفسخ وفيه اشكال

موقوفا

موقوفا بل هنا وان قال ان الاسخة الصحيحة الاسناد والعلاقة رفع العقد المعاطاة وغيره ان الفعل هو الناقل والجاد عن تبيع
وحصول هذا المنع بالفعل لا يخلو عن نظر الا ان يرجع الى الاعتراض الخارج عن المقام الا كما تقدم الدليل على صحته
به وقد عرفت مرارا ان المناقشة في المعاطاة بملاحظة اتفاق كلمتهم على اعتبار الالفاظ في العقود ومنها ان يقصد
مفاد الهبة المعوضة وذلك بان يلاحظ المعاوضة بين التمليكين لا بين المالين والظاهر انه يخص تصور ذلك وثمنه
في الخارج وعلى فرض تحقق المعاطاة الملك لا دليل على صحته وعلى فرض صحته فالظاهر ان الحكم الهبة المعوضة فيه لاحكم
المعاوضة فيحصل الملك للقابض والاخذ كما في الهبة المعوضة ولا يتوقف على العطاء الثاني وتمليكه بمقابلة
بالفعل خلافا لما في كتاب البلاستاد فيه فسره بانه جرى فيها حكم المعاوضة وجب حصول الملك للاخذ موقوفا على
رفع العوض ومنها ان يقصد منه التسليط على المال في غيريته التمليك بترتب عليه الملك اكره بعض
اهل التسوية من المعاصرين ورجعه الى اباحة التصرفات والا ففيه اجمال وغموض ومنها ان يقصد اباحة التصرفات
حكمه حتى الموقوفة على الملك والاظهر الفساد لما دل على توقفها عليه ولا يعارض بها قاعدة الاجتهاد او اباحة
اباحة لبيع معين او بعوض معين والكلام في الاقوى صحته على وجه يفيد المقصود واعني جواز التصرفات الموقوفة
على الملك والاظهر الفساد لما دل على توقفها اجمال عليه ولا يعارض بها قاعدة السلطنة لانها لا تدل
الا على جواز التصرف الممكن دون الممتنع وكذا جميع ادلة الاحكام فان الامكان معتبر في موضوعاتها ولا بيع الا
ملك بلا ملك ممتنع بحكم الشرع فلا يندرج تحت القاعدة فان قلت عموم القاعدة لجميع التصرفات يقتضي
الامكان او انه تخصيص بها عدم ادل على توقفه على الملك حاكم عليها ولكن النسبة عموم من وجه
مطرد بين كل دليلين متنافيين يكون مدلول احدهما ناظرا الى موضوع الاخر كما اذا قال اكرم العدول ثم قال
الا جنبية سبب للفسق فاذا اعتبرنا الجواز في التصرفات التي اصلها قاعدة السلطنة كانت الفهم بعينها
ومن قوله لا يجوز بيع الا في ملك فهذا هو السر في اختصاص مورد الصلح والنذر والشرط والقسم الاباحة
والدين وجميع العناوين الثانوية بالمشروع ونحوهم المعارضة بينها وبين ادلة المحرمات لا يخرج بها في الامتناع
الشرعي كبيع مال الغير عتقه ووطيه ونحو ذلك مبني على تحريمه موضوعها تحت نفيه الامكان والجواز الشرعي وقد علم
ان الامكان العقلي معتبر قطعا لا محال تحديد عنه جدا ولكن الامكان الشرعي لان الامتناع الشرعي الفهم
يرجع الى العقلي عندنا ان اتمام الكلام موكول الى محله للقيام فاندفع احتمال تخصيص عموم ما دل على
توقفها عليه بالقاعدة وتجويز بيع مال الغير من دون الالتزام بالملك الفهم كما توهم وانما مع الالتزام

على توقف البيع على الملك قلت اذ الشرط الامكان لا يمكن اثباته باطلاق الدليل وانما العموم ما دل عليه

فتدبر

نعم الظاهر كلام المحقق لا يبعد ان عرفت من المكونة انما يلتجأ اليه اذا انتفت جهة صحة الاجارة بل يد بالتأييد على صحتها
الا لقاعدة التي عرفت وضوح هذا الخلاف اذا قال اعتق عبدك عني فانه لما قام الاجماع على صحة العتق هنا و
والاشتباه فيه الامر دون المحقق المجاز الى حصول الملك الضمني قبل العتق فصحح العتق من حيث قوله اعتق او من حيث العتق
بالامر فيه او اجازة على الخلاف في المسألة محافظة لقاعدة توقف العتق على الملك من ذكر غير واحد وجها او توجيها
فيطبق على القاعدة من ان الامر او ملك المحقق من الخلاف الا ان الاوجه بتقييد توكيلا ضمنيا المملك الى الملك على
او حال العتق او الى ملك الامر ثم العتق عنه فاذا اعتق كشف عن دخوله في ملك الامر قبل الامر او من حين
العتق على الخلاف الا ان الاوجه فيه وجه الا انه مطردا وجار بانتقاله عن مالك توكيلا او اجازة ادعى مالك دخوله
دار الى قابليته ثم بيعه هنا خيار ساق ذلك وقوله اعتق عبدك عني ما ارادوه بعد تطبيقه على القاعدة ولو كان
ترى فلولا الاجماع لكان الاوجه ما اختاره المحقق من وقوع العتق للآمر ثم على تقدير الانطباق فالاولى الاحتياط على
القاعدة وافراده في نظائره لا يجد في المقام انه وتبينت من ذلك ضعف ما الذي نقل الاجماع عليه
والبيع وقوع الشراء للآمر في تبديل الشيء الى الملك الى غير ما كان الاخير وهذا من الفارق بين المقام وبين قوله اعتق عنه
عني دون القصد بعد ما اللوفر من تقصد البيع ذلك ثم بيعه الثمن ثم مع الظن ان قال اعتقه لك البيع والفارق
النقض فيحصل الوجه الغرضية ثم القول بالصحة الا ما عن المحقق الشهيد وغيرهما ان البائع الغاصب
وان تصرف في الثمن شيئا وقع الشراء له لا للمالك لانه الغاصب في الاتلاف فليس خلافا للاجماع شهادة
الا خصوصية في الغصب فانهم صرحوا بعدم ضمان البائع الغاصب للثمن مع مخالفته لقاعدة ضمان المقبوض بالعقد
الفاسد وكذا ما عن مختلف العلامة من جواز وطي الغاصب الا ان الشيخ استدل على الجواز اعلام البائع بغصبيته
الثمن فانه يملكه ان يكون البيع مع العلم بغصبية الثمن بمنزلة التمليك والاعلام ان فائدة دخول الثمن والمثمن في
ملك من خرج عنه الاخر ثابت العقد والنقد والتقف والبيع ثلاثة قياسا تلك القاعدة او رجوعه
الى التوكيد لانه يرول به فطرة او كيف يلتزم به في المعاملة لما قلنا بعض من اختيار وما ذكرنا ظهر اندفاع شيء
المقام بباب التقابلات التي حكموا فيها بالملك التقديري قبل ثبوته او تقدير ان ينفق عليه ودخول الثمن في ملك
المقتول مع ان الملك فيما تعين ثابت بحكم الشرع بعد ملاحظة توقف العتق على الملك والملك على الحراة
في المقام وفي قوله اعتق عبدك عني وحصول الملك في ان الكلام في المسألة الثالثة فيه حكما في ثبت
الصحة واللزوم والجواز بعد الفراغ من صحة الاول وهو الاذن في التصرفات الموقوفة على الملك وفيه وجوه

الاول

37 الاول اللزوم لعموم اوفوا بالعقود والمؤمنون عند شروطهم اخرا الله عموم الناس مسلطون ما ينبغي مقارا
في اعتبار ما المالك بعد سقوطه او بالعقود الا بما لا يجوز على الشارف في العقود الى المؤمنون عند شروطهم بنا
مع انفصاله مرددا او عملا بالشرط الضمني التبعي دون الابتدائي والفساد لخروجها عن المعاملات المتعارفة فيرجع فيها الى
اصالة الفساد واوجها الثالث وعليه فهل يلتزم بالتلف والاتلاف وجهان من تسلط سلطنة الاسترجاع
بالنسبة الى المبيع اشبه بالملكية ومن الاقدام على كونه عوضا عن التالف في الاباحة الضمنية فاذا فرض كون احد
المعاوضة مجيزا ما لزم تبعض المعاوضة الا ان هذا المعوض وفيه منع اقتضاء صحة هذه المعاوضة صيرورة احد العوضين
بلا اختيار في الاخر حتى يتبعض عنه تلف احد الجانبين فصار ما حرمته وان التصرف في كلتيهما ماثل للاخرى هذا
للسلطنة الدينية بين العوضين في الاباحة الملك فبتلف احدهما التزم هو مدفوع المعوض عن مالكه في القسم
الثاني واما الثالث فيرد عليها احتمال رابع وهو اللزوم من جانب القابل لاجازة بقاء ملكيته عارضه الى صاحبه
الجواز في حق الموجب فله الرجوع فيه فيه لعدم المانع مع الاصل دون القابل الذي اخرج العوض عن ملكه بقوله
اقرب الوجوه وكيف كان فالاجازة في صحتها والاذن مع الاباحة بتوقفه الى ايجاب وقبول ويقتضيان الى
جريح وغيره والعبارة الصريحة الكافية في الاجارة من الايجاب اجرتك لانها تدل على تمليك المنفعة بعوض بلا
مؤونة القرينة وغير الصريح يحتاج في دلالته عليه المجاز ومشترك لفظي او معنوي او كناية والمراد بها ما
نقطع نقصه المعاملة المقصودة الا من ان يقول ملكتك منفعة الدار بكذا وكذا صالحتك اذ لم يقصد
باللفظين مفهوم الاجارة بل انها اليمع بملك الدار لكونه مجازا او قال ملكتك سكنى هذه الدار سنة
مثلا لذلك لتحقق القصد الى المنفعة بلا مؤونة قرينة بنا على ان المالك من ان الاعارة والاجارة
تشترك في نقل المنفعة وتفترقان بالتبرع وشرط الاجرة والعوض مع تحقق افتراقهما نقصه بالاباحة بلفظ
الاجارة فانها تدل على تمليك المنفعة تدريجيا تمليك مجازا فلا يجوز في العقود اللازمة في ظاهر المعروف لا كذلك قال
ملكتك من الدار دون الاجرة اجارة لم يصح لكونه اللفظ مجازا سواء كان البيع مرادا للتمليك صالحا للتعلق
بالمنافع كما يرشد اليه قولهم فلان باع الحج او القيوم او الصلاة او يكون حقيقة في خصوص نقل الاعيان الا ان
الاضافة الى منافع الدار لا يصح الا تجوزا كالتمليك وكذا لو قال بعتك سكنى الدار لا اختصاص لفظ البيع بنقل
الاعيان وفيه تردد بيننا او من استعمال البيع في نقل المنافع احيانا وكون الاستعمال منه وفي نظائر المقام علامة الحقيقة
ويحتمل استناد الفساد هنا الى عدم هنا وفي تمليك الملك الى كونها في الكناية دون المجاز كما يشير اليه بنقد

بنقد

قلنا الحصر في اعرابك تحقق العقد الى المنفعة فالمتيقن منه هو الكناية خاصة لانها التي تحقق معها القصد الى
المنفعة والكتاب يستلزم تمليكها واما المجاز فهو جائز لجواز اعرابك اذ الكلام عدم الاشكال في كون الاعارة موضوعة
للاباحة دون التمليك الا انها في مقام الاجارة مع نصب القرينة تفيد القصد الى تمليك المنفعة ح فالمراد بالصراحة
في العبارة ان يكون المراد باللفظ خصوص عنوان المعاملة المقصودة ويكون اسمها فيه سواء دل عليه اللفظ بالوضع
او بالقرينة فما يراد به مفهوم او مغاير لمفهوم لفظ الاجارة مثلا وهو المراد بالكناية لم يجز ولو كانت مما تلازم عرفا كما لو قال
في مقام تمليك منفعة الدار او سكنتك عليها لم يصح وان دل بالكناية على تمليك المنفعة فان حقيقة واريد بها
عنوان الاعارة مجازا صح ولو احتاج الى القرينة فليس العبرة في صراحة اللفظ بقلة الدلالة وضعا وعدم الاحتياج
الى القرينة بل بارادة عنوان المعاملة والقصد اليها ولو بالقرينة والوجه ان المطابق لما عن العلامة وغيره بل عن غير
ما ظاهر الاكثر من عدم انعقاد العقود اللازمة بالكنايات ان الاحتمال الاول مطابق لما قيل انه المعروف من عدم
انعقادها بالمجازات الا ان الذي يظهر من الفقه في غير الباب قوله بجواز الكناية فقد صرح في الوقف بجواز حرمت
وتصدقت وسبلت وصحت مع نصب القرينة المفهمة لخصوص الوقف [illegible] انه نقل عنه جواز الكتاب
البيع لكن لفظ لا تقع عن المقصود فيتعين الاحتمال الاول ويشكل ذلك [illegible] مقتضى المنع من ايجاب الا
جارة باعرت [illegible] قوله بالجواز [illegible] فالاكثر واحتمال كون الاعارة عنده حقيقة في تمليك المنفعة او استعمالها
عليها ونحو ذلك مما يرجع الى الكناية [illegible] الا ان يرجع ما ذكره في الوقف الى المجاز [illegible] ان اريد بها عنوان
الوقف [illegible] الاعتماد عليها [illegible] للوقف حتى يكون كناية فالمعتبر عند [illegible] الارادة عنوان المعاملة حقيقة او
او مجازا الارادة عنوان اخر ملازم او غير ملازم لكن مقتضاه صحة تمليك الدار [illegible] سكنتكها اذا اريد
بها عنوان الاجارة لا المنع منها بقول [illegible] الا ان [illegible] المنع على صورة قصد [illegible] الاجارة
او يفرق بين المجاز القريب [illegible] الاعارة والبعيد [illegible] بالمنع [illegible] فيرجع الى ما في جامع
المقاصد في باب السلم والنكاح من الجمع بين قولهم بعدم جواز العقد بالمجازات وتجويزهم عقد البيع بلفظ السلم الذي
هو مجاز في البيع نظرا الى [illegible] الكناية اعني ما اريد به عنوان تلك المعاملة سواء كان
حقيقة او مجازا وتباينها [illegible] دل عليه بلا قرينة [illegible] في الاول مع ملاحظة [illegible] وفي الثاني على [illegible]
الدلالة دون الوضع [illegible] الاجمال اللفظ بحسب الوضع دون الارادة [illegible]
[illegible] الكناية اعني الدال بالوضع والثاني في كتاب الاستناد [illegible] من العلامة والخاصة [illegible]

الطلاق

٣٩

الطلاق وهو ما كان [illegible] العنوان ذلك العقد [illegible] بالكناية [illegible] لازم ذلك العقد بحسب الوضع ويفيد نفسه
بالقرينة والاول اعم لشموله المشترك بقسميه والكناية واختصاص الثاني [illegible] وهذان الاحتمالان مرجوحان في الكتاب لان
تجويز الاعارة ظاهر في كون [illegible] الالفاظ الصريحة [illegible] لا ينطبق عليهما [illegible] من الاحتمالات او الاقوال في صيغ العقود
[illegible] الاول اعتبار الصراحة [illegible] الاقرار الا [illegible] بالمجازات ولو مع القرائن الصريحة ولا بالكنايات [illegible] وذهب السيد
العلامة الطباطبائي [illegible] بحجة [illegible] في الايضاح من ان كل عقد مخصوص له صيغة مخصوصة
شرعا [illegible] على الاقتصار على القدر المتيقن بناء على ان [illegible] ليس من القدر المتيقن ويمكن ان يرجع اليه [illegible]
في اجارة المسالك [illegible] الاجارة من العقود اللازمة وجب انحصار الفاظها في الالفاظ المنقولة شرعا
المعهودة [illegible] ان المراد من المنقول الشرعي الالفاظ الواردة في الاخبار في مقام بيان الاحكام الثابتة للمعاملات
[illegible] في الاخبار ما يدل على ان عقد كذا صيغة كذا حتى النكاح الذي [illegible] عبارة [illegible] وفي مفتاح
الكرامة ان الذي [illegible] بعباراتهم في ابواب متفرقة لا السلم والنكاح وغيرهما ان العقود اللازمة لا تنعقد بالمجازات
[illegible] الكنايات [illegible] والتعريف والدفع والاعطاء والاخذ في البيع وتفريع عدم انعقاد الكناية
على المجازات يدل على ان المجاز والكناية عنده واحد وقد عرفت ان الكناية عبارة عن التعبير باللازم حقيقة كان
او مجازا [illegible] مذهب الاصحاب في الكناية المعنى الذي [illegible] كون الكناية والمجاز عنده
واحدا [illegible] الاول الى الثاني [illegible] خصوص الفاظ الكتاب والسنة [illegible] العقد في مقام
بيان احكام العقود وهو محتمل الايضاح والمسالك في كلامهما المنقول في الاول الثالث عدم اعتبار [illegible] جميع
المعاني فلم اجد مصرحا به لكن في كتاب الاستناد [illegible] ان المستفاد من النصوص في ابواب العقود
[illegible] الاكتفاء [illegible] ويمكن [illegible] القول بجواز [illegible]
[illegible] والروض ومجمع البرهان دجواز البيع [illegible] الاكثر وبجواز النكاح بالمتعة كما عن جماعة خلافا
للمحكي عن الاكثر [illegible] في عقد القرض والرهن والمزارعة كما هو المعروف لا انها عقود لازمة الرابع [illegible] الثالث
استثناء المجازات المعنى الاعم [illegible] المشترك بقسميه [illegible] الخامس
[illegible] استثناء المجازات البعيدة [illegible] في جامع [illegible] السادس
[illegible] التعويل على القرائن [illegible] اللفظية [illegible] القول الاصح [illegible] القدر المتيقن
[illegible] على [illegible] في صيغ العقود اللازمة [illegible] الالفاظ الدالة على عنوان المعاملة [illegible]

المعتبر في صيغ العقود
[illegible]

[illegible]
[illegible]
[illegible]
بالوضع

بالرضا فلا ينعقد بالمجازات ولا بالكنايات ولا بالمشتركات لفظاً ومعنى ومنه سيظهر وجه انه في لان المتيقن للاقتصار
على القدر المتيقن المجرد على الالفاظ المأثورة وعدم دليل على كفاية مطلق الصراحة وحجة الثالث العمومات
الدالة على القول بها اي بالصريح لرجحه الى كما تقدم في ابواب العقود كما انه اثر البيان نظراً لعدم دليل على اعتبار الصراحة
مع دعوى تحققها بالادلة الوضعية خاصة فلا فائدة ان اريد بها في الظهور بالوضع ولكنه في معرفة الاحكام وغيرها من الموضوعات
والاغراض في المقاصد العرفية وحجة الرابع دعوى الاجماع على اعتبار الصراحة مع دعوى تحققها بالادلة
الوضعية خاصة فالخارج انما هو المجاز خاصة وحجة الخامس هو حجة الثالث مع دعوى خروج المجازات البعيدة
عن الظواهر العرفية بحسب النوع وكذا حجة السادس الذي هو قوة الاستناد فيه مع خروج اللفظية بوجود الدليل
ان غير اللفظ قاصر عن افادة المقاصد كما مر اليه في المعاطاة فلا بد في العقد اللازم الاقتصار في افادتها
على الالفاظ ولو بمجاز الثاني ان الحقيقة والمجاز المقرون بالقرينة اللفظية مشتركان في الدلالة الوضعية
اللفظية ولا يعقل فرق في التعبير عن المقاصد بين اقسام الكاشف بعد التساوي في جهة الكشف اذا كان
المقصود محض الكشف بخلاف القرائن الغير اللفظية فان التعويل عليها في سائر الاغراض لا يوجب التعويل
عليها في العقود الا اللفظ المقطوع الثالث ان اللفظ العقد على ما ذكره بعض من الوجه التي لو بسوق مما يفيده
قرائن الاحوال الرابع النواهي الواردة عن الغرر لا بما قد ولو بنفي المناط على عدم امضاء الشارع كل ما فيه
غرر وخطر والاعتماد على غير اللفظ في المعاملات محل خطر كما لا يخفى الخامس ان حكمة تشريع العقود وهو رفع
التشاجر والنزاع والتعويل عليها متم حقيقة اللفظ او مجازا لما عرفت في دليل القول الثالث قلت
ولا يخفى ما في الكل نظراً اما الاول فلان قصور غير اللفظ عن افادة المقاصد مردود على قائله بما اثبتناه جوازها
طلاقه لكشف عن اللفظ المقرون بقرينة الحال مضافاً الى كونه مكابرة لما نجده في العرف من استناد المقاصد
بالافعال على حد تمسكنا فيها بالالفاظ والاقوال واما الثاني فلان وجوه استعمال الحقائق مضبوطة محصورة
فلكون انضباطها اوكد واوفق في افادة المقصود من المجازات التي لا ضبط لها ولا حصر فهذا هو الفارق و
كفى به وجها للاقتصار على الحقائق فيما هو مبني على التغليظ والتوثيق في الوجه واما الثالث فلانه ممنوع
صغرى وكبرى اذ عدم حصول الوثوق بقرائن الاحوال ممنوع ونفي الغرر بعد الموثق التقييد كذلك وا
اما الرابع فلان الغرر هو الجهالة ولا مساس لها بالمقام ويظهر من الجميع سقوط الخامس رابعاً والاقرب هو
القول الاول اذ لا مانع منه سوى العمومات والاطلاقات فانها ضعف واضح بعد قيام الاجماع المحقق على اعتبار

على ان ما ذكره انما يوجب [illegible] تشريع لها انما تثبت عنه [illegible] المتحول [illegible] واما [illegible]

بعض

[illegible] خيار [illegible] عدم العقد [illegible]

٢١

بعض الخصوصيات في العقد ولو في النية من الماضوية والموالاة ونحوها وهو ثابت عند الكل او الجل ودعوى انها اخرجت
بالاجماع فيما كان المختلف فيه من الخصوصيات الراجعة الى المراد وتسلط من الكلام وجمود على الظاهر الذي لا وجه له لان
القوم يحيدون في اثباتها على ما في الموارد ايضا وهذا الكشف على اعتبار صيغة خاصة لا نعلم كيفيتها من غير ان يرجع ذلك
الى الاقل والاكثر لان مقتضى الاطلاقات عدم اعتبار اللفظ راساً ثم قام الاجماع على اعتبار الايجاب والقبول اللفظيين
في الجملة مردداً بين المطلق الصادق على الكل والمعهود الذي هو بعض صيغ كما لو دار المعرف بلام الجنس بينه و
العهد فلا مناص عن الاخذ بالقدر المتيقن في مواضع الخلاف ثم لو كان المقام من اجمال المخصص المفصل ودورانه
بين الاقل والاكثر لزم التمسك بالعام في المشكوك لكنه ليس كذلك بل من التقييد بالمجمل الذي يوجب اجمال الاطلاق
متصلا كان او منفصلا كما حقق في محله اذ الكلام في خصوصية العقد لا في خصوصيات المنفصل حتى يكون من
التخصيص فافهم ثم بعد ذلك كله فالاقرب هو القول الثالث لما عرفت ومما ذكرنا ظهر الحال في الصيغ المشار اليها
في الكتاب والاجارة عقد لازم لا تبطل الا بالتقايل او احد الاسباب المقتضية للفسخ بلا خلاف بل عليه الاجماع
مستفيضاً والنصوص الواردة فيه ثم لو كان المشتري عالماً الحال به الحق كذلك ولكنه لا تبطل البيع من غير استيجار
بلا خلاف ولا اشكال وهو القدر المتيقن من النصوص الواردة فيه ثم ان كان المشتري عالما بالحال وجب عليه الصبر
من التصرف في العين مدة الاجارة وان كان جاهلا تخير بين الفسخ والامساك مجاناً وكذا في القواعد وغيره ويشكل
بانه ان كان خيار العيب كما هو ظاهر النص يلزم الارش وان كان خيار تخلف الوصف ففيه ان الوصف الغير
المذكور في العقد لا يوجب الخيار ويدفعه ان الاوصاف الموافقة للاصل والظاهر حكمها حكم المذكور والعيب في اقتضائها
تخلفها الخيار ولو لم تذكر في العقد كما الرد والترك فانه يعد من العيب واما الارش فقد حكم بعدم تحققه لان الحقيقي
وهذا هو السر في تصريح بعض الفقهاء بان نقص المنفعة لا يعد عيباً حكماً ارادة انه في حكمه في اقتضاء الخيار مع عدم
اشتراطها في العقد بخلاف خيار تخلف الوصف فانه موقوف على ذكره في العقد فلا يرد انه اذا لم يكن عيبا حقيقيا
ولم يوجب الارش فالحاقه بالعيب مما لا مانع له بل ينبغي ان يعد من خيار تخلف الصفقة ضرورة امتيازه عن سائر
الاوصاف المذكورة في العقد فتبين الحاقه بالعيب فافهم واما ان المساوي وما لم يقم كذلك فلانا انكم عن ارشاد
العلامة وعن الفخر في شرح الارشاد نسبته الى الشيخ لكنه ذكر في مفتاح الكرامة انه غير موجود في كتبه فتأمل ولم يحك عنه
غير الفخر بل صرح الاكثرون بعدم البطلان لحجة الاكثر الاصل وعمومات البيع والاجارة مع عدم المانع نظير شراء
الثمرة اولا ثم الشجرة وحجة الارشاد امور احدها ان الاجارة هي الانتفاع بمال الغير وهنا لا يبقى بعد الشراء وثانيها

...عن مجمع الفائدة من استلزام الصحة توارد العلتين على معلول واحد لان عقد الاجارة وتملك العين لمن سبب
مستقل لتملك المنفعة فلو بقي الاجارة بعد البيع لزم المحذور وثانيها ان المنافع ليست مملوكة لمالك العين بمملوكية
مغايرة لمملوكية العين ولذا منافع الثمرة تملك تبعا ان توجه كيف ولو كانت مغايرة لزم ان يكون لمالك العين
لان وملكان العين والمنفعة وهو باطل بالضرورة والاجماع ثم تختلف ملكية العين الكلي في الكمال والنقصان!
خلاف منافعها ... فالعين المستاجرة ملكيتها ناقصة باعتبار اخراج منافعها بالاجارة فاذا دخلت في ملك
المستاجر صارت ملكيتها تامة باعتبار عود المنفعة الى ما كانت عليه قبل الاجارة وعود العين الى ما كانت عليه
الكمال في حق المالك اعني المستاجر واما بالقياس الى غير المالك فلا يمكن ان يكون ملكا مستقلا وبه يصح الاجارة التي
هي تمليك المنفعة ولذا ينفسخ نكاح الامة اذا دخلت في ملك الزوج وكذا الكون مغايرة باستيفاء الخير ولو بالقياس
الى مالك العين فاذا ملك المستاجر العين المستاجرة ببيع وارث ونحوهما لزم انفساخ الاجارة وبطل استحقاق الاجرة
لصيرورة مقابلها معدوما فيكون اخذا الكلا بلا عوض لا كما لو تلف العين بعد الاجارة فان الدخول في ملك المستاجر يوجب
مجرد التلف في زوال اثر الاجارة واجيب عن الاول بانه مصادرة لان صحة الاجارة انما تتوقف على كون متعلقها واحد
العين والاثر في عين الاجارة واما كونها ملكه مستقلا فمن محل الدعوى وعن الثاني ان ملك العين انما يكون سببا
لملك المنفعة اذا لم يسبق ملكيتها بسبب اخر كما هو الشأن في جميع الاسباب المتعاقبة فان المتاخر لا يؤثر لعدم
قابلية المحل فلا يلزم من بقاء الاجارة وصحة البيع توارد العلتين على معلول واحد كيف لو كان كذلك لكان البيع اطلاقا
لزوم المحال على تقدير صحته دون الاجارة وعن الثالث ان عدم كون المنفعة مملوكة لمالك العين بمملوكيتها
مغايرة ممنوعة والا لزم ان لا يكون مملوكا اصلا وهو باطل لان الاجارة هي تمليك المنفعة دون العين فلو لم
يكن شيئا مملوكا لم يكن قابلا للتمليك واما اللازمية فلان المنفعة معدومة والعين موجودة فكيف يكون مملوكية
المنفعة عين مملوكية العين وايضا لو لم تكن مغايرة في المملوكية لزم عدم عودها بعد فسخ الاجارة بعد الشراء لاستحالة عود ما
المنفعة الى المؤجر لكونها شيئا غير مملوك وايضا لزم بطلان الاجارة اذا فسخ البيع لرجوع المنفعة الى المؤجر
تبعا للعين ثم هي مملوكة بملكية ... على عدم كونها مستقلة في المملوكية والضعيف بها لو كانت ملكا مغايرا لمالك
العين لزم ثبوت احكامه وترتبها عليها فيلزم ان يرث الزوجة من منافع الارض والعقار اذا استاجرها الزوج ثم مات
شراه الخ مطلقا ويلزم ايضا ان ينتقل المشتري منفعة ما اشتراه بعد الايجار ... وغير ذلك مما هو من احكام مغايرة الملك
واجيب بان المغايرة في المملوكية اعتبار يعدد السبب لا يستلزم المغايرة في الاحكام فالمنفعة ملك حتى فيما لو ...

تبعا لمملوكية العين لا اصالة مملوكة ... مملوكية العين وفرق بين عدم كونها مملوكة ...

لسبب مستقل مغايرة للعين في الاحكام والكانت مستقلة في صفة المملوكية امغايرة لما فيها الخروج لمنفعته
فان وجوبها مغايرة لوجوب ... الا انها تابعة في الاحكام لوجوبه فيها فليس من احكام الواجب ... تبعته
لو فيما ... في ذلك في المقام ان المنفعة شيء معدوم ولا وجود لها اصلا وهذا سبب ... تابعة للعين في الاحكام
واما تبعيتها لها في صفة الملك فهو دور سببا بسبب التمليك فان دخلت في ملك بسبب التملك للعين كانت
تابعة لها في الملكية بمعنى عدم كونها مملوكة بملكية مغايرة وفيه بعد الاغماض عما في التفكيك بين الملكية والاحكام
في التبعية والاستقلال من المنع لان الملكية لا معنى لها سوى الاحكام ان مقتضاه مقابلة الدليل مع التبعية في الاحكام
من اجماع ونحوه والوقوف عليه مع ان بناء الوقف في الفرع على التبعية مسلم مع ان المقابلة بالعوض ايضا من احكام الملك
فاذا صار العين ملكا للمستاجر لزم خروج المنفعة عن صلاحية هذا الحكم ايضا وهو عين فساد الاجارة والتحقيق ان يقال
المنافع في حد ذاتها ليست ملكا لكونها معدومة واما سلطنة المالك على استيفائها فهو من فروع ملكية العين لان
ملكية العين عبارة عن التسلط على الانتفاع بها ... فهو ايضا ليس ملكا مغايرا له واما سلطنة على تسليط الغير على
الانتفاع فهو اثر لملكية العين لكنها ليست الا ولا ملكا ايضا والتسلط لا يكون من اصول المال بالاجارة ونحوها
كما ان السلطنة على الانتفاع في حق غير المالك اعني المستاجر من الاملاك قابلة للتوثيق ... كونه غير مالك العين
فكيف يا من جنس يحكي كونها الا في حقه لكن هذا الا يقتضي فساد الاجارة ان ... اجارته ... عنها
في الابتداء والانتهاء عدم خروج المحل عن قابلية الانتفاع في حق المستاجر ولا اما ما قد ... العين المستاجر لما ان
للاستيجار بلا مانع وجد شراء وان خرج عن هذه الاهلية الا انه لم يتعذر له الانتفاع من العين المستاجرة ايضا وهذا يكفي
في بقاء صحة الاجارة وفي كونه مطالبا بالاجرة ولا يلزم في صحتها استدامة بقاء صفة الانتفاع بمال الغير بحاله ...
اللازم بقاء اهلية العين التي هي متعلق الاجارة للانتفاع في حق المستاجر ولا ... غاية الامر انه يلزم ان لا يوثر
شراء العين في حقه سلطنة على الانتفاع لما في مدة الاجارة لكونها حاصلة من قبل ولا ضير فيه فافهم فان فيه بعض الدقة
انه راجع الى المنع الكبرى اعني استلزام عدم ملكية المنفعة فساد الاجارة كما ان الجواب المذكور يرجع الى منع الصغرى اعني
سلب الملكية المغايرة عن المنفعة فرجع الثالث الى القول بفساد الاجارة يجب على المؤجر رد الاجرة الى المستاجر
ان علية اجرة ... فيما مضى من المنفعة ... في الحكم ... البطلان مع عدم رد الاجرة ...
... مخالف للقاعدة ... احتمال ان يكون مختاره في الارشاد موافقا ... بطلان الاجارة على بطلانها
بالقياس الى المستاجر ... زوال فائدتها اعني التسليط على الانتفاع ضرورة كفاية انتقال العين في ملك

السلطنة

السلطنة فتكون الاجارة الى ان يفرح لغوا في غير الا في حق الموجر البائع فتصح وفايدته بقاء استحقاق الاجرة
بالمالك لكن ليس في الارشاد الحكم بعدم رد الاجرة ولعل الشافعي فهم ذلك من عدم الحكم بردها وفيه نظر اذ وجده في كتاب
اقول انما لو فسخ البيع مع القول ببقاء الاجارة لم ينفسخ الاجارة فيعود العين خالصة الى ملك الموجر البايع
لا في المنفعة وعلى القول بالفساد يبطل اثر الاجارة ايضا الثالث لو تقارن البيع والاجارة ففي فساد
الاجارة وجهان من تعارض السببين بالنسبة الى المنفعة ومن تحكيم ادلة الاجارة على ادلة التبعية لان المقتضي لصحة
الاجارة موجود والمانع مفقود اذ المانع ليس الا البيع وهو ليس بمانع لان سببيته لانتقال المنفعة تبعا
يتوقف على ان لا يكون المبيع مسلوب المنفعة حين مقارنته للاجارة فلا يكون سببا لانتقال المنفعة فلا يزاحم
الاجارة في تاثيرها وتضعف بالقلب لان المقتضي لتاثير البيع في انتقال المنفعة موجود والمانع مفقود اما المقتضي
فتمام مع العين واما عدم المانع فلانه ليس الا اقتران المنفعة من العين حين البيع وهو ليس بمانع اذ لكان الى المشتري
غير المستثناة والاولى القول بصحتهما لو تشريا اثنان في ان واحد فيتحقق واحد ويتحقق الفساد ايضا لخلاف
اثر الاجارة والبيع في تملك المنفعة الرابع لو باع الموجر العين المستاجرة ثم فسخ الاجارة فالظاهر عود المنفعة الى
الموجر لانه حقيقة الفسخ لكن في التذكرة احتمال عودها الى المشتري ولعل وجه احتمال صيرورة المنفعة بعد الفسخ تابعة
للعين كما انها كذلك قبل الاجارة في حق المالك ولو جاء مثله الاعراض الى مقدمتها بالاجارة الا الاتحاد في
الملكية مع العين كما انهم اتفقوا ويضعف ان الاتحاد والقياس الى ملك العين لا ينافي المغايرة بالنسبة
المؤجرة كيف ولذا يبيع الاجارة فان فسخ الاجارة عادت المنفعة الى الحالة التي كانت عليها قبل بيع العين
من الدخول تحت ملك الموجر ولا فرق بين كون الفسخ رفعا للعقد من حينه او من اصله كما في مفتاح
الكرامة من الابتناء عليه الحكم بعودها الى المشتري على الثاني غير ظاهر الوجه او المراد ولو ذكر هذا الابتناء في الفرع
السابق لكان النسب في الكان منظرا فيه ايضا ولكن يحتمل غرابة كون الامر كذلك اذ لا اعتماد على ما عنده
في الفسخ لكثرة علقها الخامس لو ظهر فساد الاجارة لم يعد المنفعة الى ملك الموجر بل هي للمستاجر تبعا
لملك العين واحتمال عودها الى الموجر نظرا الى انتقال العين الى المشتري في مسلوبة المنفعة كما في مفتاح
الكرامة ضعيف لان اعتقاد كونها مسلوبة المنفعة ثم ان انكشاف الخلاف بنفسه بمجرده لا يوجب خيارا
اما لو كان من ظهر البيع على خيار ان عدم القنفه من كونه مسلوبة المنفعة مع كشف الخلاف ليس بمنع في
وهل له خيار الفسخ في البيع وجهان من ظهور البيع على غيرها كانه في القصد من كونه مسلوبة المنفعة من ان

الكشف

الكشف في الخلاف بمجرده لا يوجب خيارا اذا لم يكن عنوانا في العقد كما لو وقع العقد على كاتب 45
فظهر غير كاتب فالخيار من جهة تخلف الوصف غير ثابت لكن قد يقال هذا من خيار العيب
لا من خيار تخلف الوصف حتى يتوقف الوصف على الذكر في العقد لما عرفت ان كل وصف تقتضيه
اصل او ظاهر اطلاق او ناعلة حكمه حكم الصحة في اقتضاء مخالفته الخيار ولو لم يذكر في العقد والموجر
لما اجر العين قبل البيع صار كالاصل في البيع نقصان المنفعة لاصالة الصحة فاذا انكشف الخلاف ثبت
الخيار وهل يثبت من جهة الغبن اذا كان مغبونا الظاهر انه لا مانع منه ولكن لا يبطل بالعذر ان
المانع عن اقسام الانتفاع مهما كان الانتفاع في اجارة ممكنا على ما يقتضيه الخلاف الانتفاع ويحتمل
كفاية نقصان الانتفاع في البطلان لان المراد به الانتفاع المعهود لا كل انتفاع كما يأتي
تفصيله فيما بعد انتهى نعم ومع نقصان المنفعة المعهودة المقصودة يمنع الظاهر ذلك الانتفاع
وبان في تحقيق الحال في المقال انتهى نعم من ثبوت الخيار للمستاجر مع النقص كما يأتي خلاف الفاضل
في محكي المختلف وخلاف الحنفية في اصل المسئلة ويحتمل ملاحظة الامكان بالقياس الى غير المستاجر
الواقع في حقه مطلقا كما استعرف في محله وهذا هو الظاهر وهل تبطل بالموت كما عن الشيخين في المقنعة
والنهاية والخلاف وسلار وابن زهرة وحمزة وابن البراج المشهور بين العلماء نعم بل عن الغنية والخلاف
الاجماع عليه مع نسبته في الاخير الى اخبار الفرقة وهو ظاهر المحكي عن التذكرة حيث نقل
من الخلاف الاستدلال عليه بالاجماع واخبار الفرقة ثم قال ولا شك في علم الشيخ وقبول
روايته مسندة وكذا مرسلة وقد يتامل في كونه اختيارا للمذهب لان نقل الشيخ العدل
في رواية المرسل لا يستلزم التصديق في دلالته وانما ذكر ذلك ابتداء للعلامة رجح قول الشيخ
بالبطلان مع مخالفته للقواعد وقيل لا تبطل بموت الموجر وتبطل بموت المستاجر كما عن ابن
طاوس وربما نسب الى المبسوط الظاهر على تامل لانه قال او كان اصحابنا على الاول ثم الاظهر
عندهم هو التفصيل وعن ابن البراج نسبته الى الاكثر وقيل بعكس التفصيل نسبه في محكي التذكرة
الى بعض علمائنا قال الشهيد في محكي نكته ان هذا القول غير موجود بين اصحابنا ونص المرتضى

وابن جنيد على عدم البطلان بموت المستاجر لا بد له على قولهما بالبطلان بموت الموجر حتى يكون
قولا بالعكس وقال آخرون لا تبطل بموت احدهما وهو اشبه عند المص وقواه جملة من المتاخرين
كما عن المسالك وعن يحيى بن سعيد وعن جملة من القدماء ايضا كما عن الاسكافي والمرتضى وابي
الصلاح بل عن السرائر نسبته الى الاكثرين من المحصلين والمراد بالبطلان هو الفساد على ما
يقتضيه ظاهر لفظه ولفظ الانفساخ في المحكي عن كلام بعض الادلة الاتية ويحتمل قويا
التوقف على الاجازة نحو ما صرح به في اجارة الوقف من البطلان المراد به التوقف على
اجازة البطون اللاحقة كما ياتي ويوافقه بعض الادلة ويناسبه ايضا اسناد البطلان لا
موت ... الوارث وكيف كان فالمتبع هو الدليل وهو مع المتاخرين للاصل والعمومات
والمستفيضة الواردة في لزوم خصوص الاجارة واما البطلان فلا وجه له سوى بعض الوجوه
المزيفة مثل ان المنفعة بموت الموجر تنعدم لانتقال العين كالوقف والاجرة تنعدم
بموت المستاجر لكونه المطالب به وقيل ان معنى الاجارة جزء من المقتضي او شرط
لتاثير العقد ولذا تبطل بتلف العين ولو بعد القبض ويثبت الخيار للمستاجر بتلف البعض
بخلاف سائر العقود المعهودة فاذا مات احدهما بطلت الاجارة وفيهما مضافا الى ا
النقض بما اجمعوا على صحته وعدم بطلانه من عوض ثمان الصلح على المنافع ودين ورهن الامة الغير
المشروط ببقاء المالك ان المنافع شرعا وعرفا محسوبة من الاموال قابلة للتعويض والانتقال
من العين ومقتضاه بقاء اثر المعاوضة الى اخر المدة سواء بقي الموجر والمستاجر ام لا وا
ستقرار الاجرة في ذمة المستاجر فتخرج من تركته بعد الموت كسائر الديون وتملك الوارث
العين المسلوبة المنفعة اذا مات الموجر نعم لو اشترط في الاجارة مباشرة المستاجر فبنفسه
لاستيفاء المنفعة بطلت بموت المستاجر ولو كان الموجر ملكها للموجر بغير اجارة كالموصى
له بمنفعة عين مدة حياته فاجر غيره ثم مات فيبطل بموت المستاجر في الاول والموجر في
الثاني بتوقف على اجازة المالك في بقية المدة ومن هذا الباب ما صرح به في الوقف

وبطلان

وبطلان اجارة البطن الاول اذا اعرض الموت للموجر قبل انقضاء المدة وتوقفها على الاجازة وكذا
الحال في اجارة الاعمال من صار اجيرا للعمل ثم مات بطلت الاجارة لتعذر الاستيفاء والوجه في الكل
واضح هو اعتبار الاضافة المخصوص الموجر او المستاجر في استحقاق المنفعة فان مقتضاه تعذر
الاستيفاء او تبين الخلاف اذا حصل الموت لاحدهما واما مع الاطلاق وتمليك نفس المنفعة
من غير اختصاص واشتراط فمقتضاه دخولها كالكل في تملك المستاجر من غير اضافة فتنتقل
بذلك الى انتقال امواله ويكون حالها كحالها ولما توقف لصحته على انقضاء المدة ففيه ان قبض المنفعة
انما يكون بقبض العين فاذا تلفت قبل الاستيفاء كان كتلف المبيع قبل قبضه انما ... بحيا
بخلاف العين فان زمان قبضها الى هذا تقتضيه القاعدة واما الاجماع والاخبار التي استند
بها الشيخ فيهما ضعيف سنده اما الاجماع فلذهاب اجمع المتاخرين وكاكثر المحصلين على
ما ادعاه الحلي الى خلافه فكيف يعتمد عليه او على اجماع الفقيه في الخروج عن الاصول والعمومات
والاخبار والقواعد واما الاخبار فقد اعترف غير واحد من مهرة الفن واهل الخبرة بها بعدم
العثور بما يدل على البطلان نعم ربما احتج عليه بخبر ابراهيم الهمداني قال كتبت الى ابي الحسن
ع وسالته عن امراة اجرت ضيعتها عشر سنين على ان تعطي الاجرة في كل سنة عند انقضائها لا
يتقدم لها اجرة شيء ما لم يمض الوقت فماتت قبل ثلث سنين او بعدها هل يجب على ورثتها انفاذ الاجارة
الى الوقت ام تكون الاجارة منقضية بموت المراة فكتب ع ان كان لها وقت مسمى لم تبلغه فماتت
فلورثتها تلك الاجارة وان لم تبلغ ذلك الوقت وبلغت ثلثه او نصفه فتعطي ورثتها بقدر
ما بلغت من ذلك الوقت ان شاء الله وفي دلالتها نظر وتامل لان الاعلام قدس الله ارواحهم
مختلفون في ظاهره فعن المجلسي ره في حواشي التهذيب والروض ظهورها في البطلان بموت الموجر
وربما اعترف في مفتاح الكرامة وبنى عليه ووافقه بعض مشايخنا فلكه وشيخنا الاستاد العلامة
رفع الله مقامه في المحكي عن درسه وعن المحقق الاردبيلي في محكي المجمع والعلامة الطباطبائي
في مصابيحه ظهورها في الصحة وبالغ الاول ولم يرض بالظهور حتى ادعى الصراحة ومثله

الخلاف فی المراد بالجواب بما فی الفائدة من الاحتمالات القریبة من الاجمال فادعی بعضهم ولیس
ان المراد بالوقت فی قوله عم ان کان لها وقت معلوم النجم المضروب للاجرة المفروض فی السؤال
وان المراد بقوله تبلغه انه لم تبلغها اجرتها فالمعنی ان المرأة ان ماتت بعد ادراک النجم المضروب
قبل اخذ الاجرة فلورثتها تلک الاجرة فان الاجارة بمعنی الاجرة والمراد بالشرطیة الثانیة
اعنی قوله وان لم تبلغ ذلک الوقت وبلغت ثلثه او انها ماتت فی اثناء الاجل المضروب قبل
اخذ الاجرة وبقوله فیعطی ورثتها بقدر ما بلغت ما هو ظاهر استحقاق الورثة اجرتها
الماضی من الزمان دون المستقبل ووجه دلالتها علی الفساد علی هذا التفسیر واضح لان
اختصاص استحقاق الورثة بالماضی دون المستقبل لا یتم الا بفساد الاجارة فی الاثناء بموت
المرأة وفی مفتاح الکرامة ان وجه العدول عن جواب سؤال الراوی کلمة واحدة وهی
انفاذ الاجارة او بطلانها الی التعرض لحال الاجرة هو التقیة عن اصحاب الرأی کما هو
الغالب فی الکتاب واورد هذا التفسیر بان قوله لم تبلغه ظاهر بل صریح فی عدم بلوغ المرأة
مدة الاجارة حضوصا بعد ملاحظة سؤال الراوی عن انفاذ الاجارة الی الوقت المراد به
وقت الاجارة قطعا لا نجوم الاجارة وتفسیره بعدم بلوغ الاجرة الیها یحتاج الی التکلف
باضمار ونحوه مع ابتنائه علی التفکیک بین السؤال والجواب فی معنی الوقت وعلی التفکیک بین
معنی عدم بلوغ الوقت فی الشرطین لکونه فی الاول بمعنی عدم اخذ الاجرة وفی الثانی
بمعنی عدم ادراک اخر الوقت وهذا من الشناعة کما تری وادعی اخوان الشناعة المراد با
الوقت هی مدة الاجارة کما هو المفروض فی سؤال الراوی والمراد بعدم بلوغ المرأة ایاه
بلوغها شیئا منه وذلک بان کان مدة الاجارة منفصلة عن زمان العقد والمراد بقوله
فلورثتها تلک الاجرة ان لم الامضاه والرد الذی هو بمعنی الفساد علی احد الوجهین
والاحتمال الصحیح کما مر وان لم الاجارة ثانیا وعدم الاجارة بناء علی الاحتمال الاخر
من احتمالیه والقرینة علی ذلک الشرطیة الثانیة المتعرضة لبیان حکم ما لو بلغت بعض
المدة

المدة ثلثا او نصفا وهذا هو الرضی فی المعزی الی الاستاد قده والیه یرجع ما اختاره بعض
مشایخنا قده قلت فیه ان جعل الاجارة للورثة وان کان فی التنبیه الفقهاء قابلا لاحد المعنیین
لکن الظاهر منه بحسب الجمود علی ما یقتضیه کلام الاختصاص هو الصحة وکون الورثة مالکین لها سلطین
علی استیفاء الاجرة من المستاجر دون الحبا وفی الرد الاعتناء او فی الفعل والترک وهذا اهوی
الذی دعی الاخیرین الی استفادة الصحة من الروایة بتفسیر الوقت بمعنی الاجارة کما هو ظاهر التطابق
بین السؤال والجواب فان المراد فی السؤال اجراء هو زمن الاجارة کما عرفت وان کان المراد
بها اولا فی قول الراوی ما لم یمض الوقت النجم المضروب لان المطابقة بین السؤال الذی هو
المقصود بفهم حکمه اولا بل مراعاة المطابقة بینه وبین الجزء الاول لا وجه لها اصلا
واما ما اورد علیهم من ان هذا التفسیر یتضمن امورا بشعة منها اعادة ما فی السؤال من
کون الاجارة لها اجل مسمی فی الجواب من غیر فائدة ومنها انتفاء المقابلة بین الشرطین
الا بالاجمال والتفصیل لان المراد بعد بلوغ الوقت المسمی فی المرضعین صنعی بعدم
بلوغ اخرها قطعا فیکون الشرطیة الثانیة کالمستدرک اذ لیس فی الاولی عموض یحتاج
الی بیان وتوضیح منها ان مدة الاجارة لیس للمرأة بل علیها بخلاف مدة الاجارة فانها لها
ومنها ان مقتضاه حمل قوله عم یعطی بقدر ما بلغت علی انهم یعطون بنسبة ما بلغت من الوقت
فان بلغت ثلثی الوقت فیعطی الورثة ثلثاه بما بقیت من المدة وهکذا اما اعترف به معظم المستدلین
بها علی الصحة الا انه اعتذر عنه کما بان فی المصیر الی التفسیر الاول الظاهرة فی البطلان ما هو
ابعد کما مر فیمکن الذب عنها اما عن الاول فلانه مشترک بین جمیع التفاسیر لان ضمه
الوقت فی الجواب بالنجم المضروب ایضا اعادة لما هو مفروض فی السؤال بلا فائدة واما عن
الثانی فیمنع عدم المقابلة وعدم الفائدة فی الشرطیة الثانیة لان موت الموجر فی اثناء المدة
له حکمان بقاء الاجارة بحالها بالنسبة الی القدر الباقی واستحقاق الورثة حجرا للاجرة الماضیة
وهذا وان کان مستفادا من الحکم بصحة الاجارة وبقائها بحالها وصیرورة اجرتها الی
امرها

وبعثه الموجر بالقياس الى المدة الباقية الا انه ليس من اللزوم البنية الغير المحتاجة الى التصريح خصوصا في المقامات المهمة التي من اعظمها بيان الاحكام فالغرض من الشرطية الاولى جواب ما وقع السؤال عنه صريحا اعني نفوذ الاجارة او انفساخها والمقصود من الثانية جواب ما تضمنه ضمنا اتماما للاحسان واسباغا للنعمة البيان كما هي عادتهم وسجيتهم عليهم الصلوة والسلام وجعل ار راحسانه اهم فاي ركاكة في ذلك اداى تكرار باردة هنالك و...

نعم نبناه على رجوع ضميرها الى المرئية وليس كذلك بل هو راجع الى الاجارة مع ان تفسيرا الوقت بالنجم المضروب لا يحسم به الاشكال على فرض رجوعه الى المدة لان توفيته الاجرة الاقساط ليس لها بل عليها والذي هو لها انما هو نفس الاجرة لا توفيتها واما من... وهو العمدة فيما المنع لانها اذا مات في اثناء الوقت كان لورثتها ما مضى من الاجرة الظاهر مثل ما بقي لكن على بعض التقادير وهو تقدير علم دخوله عليها كما يتفق كثيرا امسامحة من الموجر او قصور اواد تقصيرا من المستاجر والتنزيل على تقدير المذكور بعد استيفاء سائر الفقرات والتئام ظواهرها لا بعد من البعد اصلا واين ذلك من مخالفة الظاهر اللازمة على التفسير الاول اعني حمل الوقت على النجم المضروب او اختصاص مورد الحديث بصورة انفصال وقت الاجارة عن زمان العقد اللازم على التفسير الثاني لان الانصاف ان الرواية في الصحة اظهر ولو سلم عدم الظهور فلا اجمال دون الظهور في البطلان هذا في موت الموجر واما موت المستاجر فلا دليل على البطلان واما دعوى الاجماع المركب او ظهور عدم القول بالفصل فهي كما ترى بعد ما سمعت من التذكرة من حكاية الفصل عن بعض علمائنا وانكار الشهيد وجود هذا التشهيد القول كما مر لان المثبت مقدم على النافي مع ان عدم القول بالفصل غير القول بعدم الفصل والحق الذي ادل اثبات ذلك وصاحب مفتاح الكرامة قدس سره اتعب نفسه في ترجيح القول الاول ولم يات بما ينهض دليلا على الخروج عن مقتضى الاصول عندنا وان قدر بعض مشايخنا

فان

٥١ نحو وان لم تصنعه بعض من قال انه لا بان الاحتياط لا ينبغي تركه وظاهر ما عنه عليه اجماع الخلاف والغنية صريحا والمبسوط ظاهرا في عبارته المشتملة على بعض التدافع وفتوى القدماء في الكتب التي تجري مجرى الاخبار كالمقنعة والنهاية والوسيلة والمراسم ونفي الخلاف في السرائر في البطلان بموت المستاجر فيما لو استاجر مرضعة ومات ابو المرتضع مع دعوى التلازم في جانب المراد عدم بين موت الموجر والمستاجر في الحكم فيكون نافيا للخلاف في عدم البطلان مطلقا وان نسب الى الاكثر من المحصلين القول بالصحة كما مر وان المرسلة التي رواها الشيخ في موضعين من الخلاف وخصوص خبر ابراهيم الذي هو وابوه كانوا وكلاء ابو الحسن ع وقد وثقه الامام ع وروى عنه الثقات مع كون الاصول والعمومات بحرى منهم لا يحتمل نقاها عليهم فكيف يجوز فتواهم بخلاف مقتضاه بلا سبب ولا دليل مع اعتضاد اجماعهم بالشهرة المحكية في الشرايع والمحققة بالعيان خصوصا بين القدماء بل مطلقا لان اكثر المتاخرين وان صاروا خلاف ما عليه القدماء الا ان مصيرهم مصير تردد بل لا ريب لا ريب وهذا المحقق قد تردد في مسئلة استيجار المرضعة ولم يجزم هنا بالصحة صريحا بل قال انه اشبه يعني بالاشبه بالقواعد التي لا ينافي الخروج عنه بالروايات وفي الارشاد نسبه الى راى وكذا اجل المتاخرين لم ينصوا على الصحة بل اتوا بالاشبه والاقرب ونحو ذلك مما لا ينافي القول بالفساد للروايات والمحكي من الغنية والخلاف والحاصل ان المستاجر دخل على ان يستوفي المنفعة من ذلك الموجر وكان ملكه لها تبعا للملك العين فاذا مات انتقل العين بالمنفعة تبعا الى الوارث فكيف يستوفي من ملكه هذا في ملك الموجر واما موت المستاجر فمبنى الخلاف فيه انه يملك المنفعة مدة الاجارة فعلا او يتوقف على صلاحيته للملك وعلى الثاني تلزم بطلانه

قلت فظهر مما ذكرنا ضعف الجميع لان اجماعات القدماء حالها واضحة في الضعف والسقوط ومعارضة بعضها مع بعض والروايات المرسلة رواها الشيخ فلا حجة عليه

لاملبنا العدم اطلاعنا على منافيها والتفريل على الشيخ في مضمونها يرجع الى التقليد في المعنى
وليس هذا مثل نقل المعنى في الروايات لان فهم المخاطب مدلول كلام المتكلم حجة على
نفسه وعلى غيره اذا كان سمعه غير عالم بخلاف غير المخاطب فان فهمه حجة على نفسه وعلى
من يجوز له تقليده فليس لنا تصديق العدل الا فيما احس منه من الرواية لا فيما عقله من
معانيه وما مر من التذكرة بعد نقل استدلال الشيخ بالروايات من انه يجب تصديقه في
رواياته صح مسندة ومرسلة ان رجع الى ما ذكرنا كما ذكرنا فهو والا فلا كرامة فيه واما استقراء
فتوى القدماء بالفساد في مقابل الاصل والعمومات فهو في محله لكنه غير مجد مع ما نرى منهم
مثل ذلك كثيرا ويحتمل قويا استنادهم هنا الى الاعتبار المذكور الى المقايسة باجارة
الوقف واما خبر ابراهيم فقد عرفت ايضا بالدلالة على الصحة اولى واما الوجه الاعتباري
فقد ظهر جوابه في اول المسألة من منع تمليك المنفعة في ملك الوارث بل انما هو اذا لم
يملكها المورث ولم يكن العين مسلوبة المنفعة اذ ليس له الا ما انتقل اليه نماء او نقصانا في شيء
وهو بان الفرق بين المقام وبين اجارة الوقف وهو ان كان واضحا لكن لا بأس بالتنبيه
عليه تحفظا من اعتراض من لا بصيرة له فنقول وجه فساد اجارة الوقف في حق البطن الثاني
دون توقف نفوذها على اجازتهم هو ان الوقف مشترك بين البطن الاول والثاني فليس
ملكية البطن الاول على وجه التمام بل على وجه النقصان اما باختصاص ملكيتهم للعين
بمدة حياتهم او باختصاص ملكيتهم للمنفعة بمنفعة دوامهم او يكون ملكهم للوقف
على نحو الاشتراك المانع من التصرف المزاحم لحق الشريك على الوجوه المحررة في كتاب
الوقف واما الملك التام السليم عن شوائب مزاحمة حق الغير فلا يتصور فيه
التخصيص بزمان دون زمان لا في ملك العين ولا في ملك المنفعة التي هي تابعة

الملك

لملك العين وتمام التوضيح موكول الى مقام آخر والله العالم وكلما صح اعارته صح اجارته
كما عن التحرير والسرائر والغنية وفقه الراوندي والنافع والتذكرة والتحرير والارشاد وغيرها
بل عن الادلة نفي الخلاف فيه وكذا عن الثالث بل دعوى الاجماع احرى والظاهر ان الغرض
من هذه القاعدة المجمع عليها بيان اشتراط صحة اجارة الاعيان المملوكة بما يشترط به العارية
وهو كونها ذا منفعة مقصودة فالمراد بالموصول كل عين مملوكة وهذا لا ينافي اوسعية
دائرة الاجارة من حيث ثبوتها في غير الاعيان المملوكة ايضا ولا اشتراطها في الاعيان
بشروط زائدة لا اعطاء الميزان وبيان الضابط للاجارة حدا او رسما لانتقاضها
اصلا وعكسا وطردا ومنعا اذ النسبة بينهما عموم من وجه بنص غير واحد ممن ذكر هذه
الكلية كالشيخ والحلي وغيرهما لعدم صحة اجارة الحائط المزوق للنظر اليه والتفرج عليه
والتعلم منه واجارة الذهب للزينة واجارة النخل للضراب واجارة المنحة واجارة
الدابة للاستظلال واجارة العين للرهن وغير ذلك مما ليس لها منفعة مالية جواز
اعارتها لظهور ان الانتفاع بها في الجملة ولجواز اجارة المرأة المرضعة واجارة المرأة للعمل
حال عدم جواز اعارتهما ومنه يظهر فساد الجمع والمنع المراد به الكلية في طرف النقيض اعني
كل ما لا يصح اجارته فلا يصح اعارته فما عن جامع المقاصد من جعل الكلية المشار اليها اغلبية ليس على
ما ينبغي لابتنائه على كونها ضابطا لمورد الاجارة وهو فاسد لا يصلح ما ذكره لان القاعدة
كالحد لا بد ان يكون مطردا ومنعكسا فكيف تجعل اغلبية وانما يناسب ذلك في العمومات
المسوقة لبيان الاحكام اذا كان لها افراد خارجة معلومة من الخارج ومنهم من بنى
على عموم الخارج عن الاصل الا على الاجماعات والفتاوى المشار اليها والتزم بصحة اجارة
المنحة للحالب لو لم يكن اجماع على خلافه كما عن المقدس الاردبيلي فذكر كما عن التذكرة
ولعله يلتزم بصحة ما عدا ايضا مما هو مختلف فيه وهذا ايضا غير وجيه لان المعروف
عندهم عدم صحة الاجارة في الموارد المذكورة وهذا يكشف عن عدم كفاية صحة الاعارة في
لصحة الاجارة عندهم وتوقفها على شروط زائدة على الاعارة نعم لو كان دليل على الملازمة

فابل للتخصيص امكن جعل هذه الكلمة فى كلامهم اشارة اليه وليس كذلك بل الدليل على خلافه
وهو عموم ادلة الاجارة وخصوص ما دل على اعتبار المالية فى المنفعة فان مقتضاها عدم الملازمة
وكون النسبة بينهما مورد العموم من وجه واجارة الشاع جايزة كالمقسوم بالاجماع المحكى من
التذكرة والمسالك من غير فرق بين كون المستاجر هو الشريك او الاجنبى عندنا كالمسالك
خلافا لابى حنيفة فى احد قوليه وبعض العامة فمعان الثانى يحتمل ارادتهما المبادرة على
فرض الجهل ولا باس به كما صرح به غير واحد وهو خيار التبعيض فيما لو استاجر بعضا فظهر
بعضه مستحقا للغير والعين المستاجرة امانة لا يضمنها المستاجر الا بتعد او تفريط بلا
خلاف فى ذلك بين غير تفصيل لما عن التذكرة او مقيدا بمدة الاجارة كما عن التنقيح بل عليه
الاجماع عن ايضاح النافع اما انها امانة فلانها ماخوذة باذن المالك ورضاه وكلما كان
كذلك فهو امين عند المالك بشرط بالامانة كره واما انها مضمونة فبالاجماع والاخبار المستفيضة
المتفرقة فى ابواب الامانات كالوديعة والعارية والوكالة والمضاربة ونحوها
ففى بعضها انه لا يضمن بعد ان كان امينا وفى الاخر انه لا يضمن اذا كان مامونا
الاكتفاء بكونه امينا عن التصريح بعدم الضمان وهذا لا اشكال فيه وانما الاشكال فى
الصغرى فانها غير منقحة فى كلمات الاصحاب بين ما يستفاد منه دورانه مدار
الاذن وتسليط المالك وما يستفاد منه الاستيمان مضافا الى الاذن وما يستفاد منه كون
الاذن ناشيا عن حق الماذون ولو لم يكن المالك راضيا به كما فى الرهن والاجارة من اجل
عدم تنقيح موضوع المسئلة وقع الخلاف والتشاجر فى جملة من موارد وجود الاذن
حتى ان بعضهم التجأ الى منع عموم الكبرى والاقتصار فى الخروج عن عموم على اليد على مورد
الدليل ومنهم صاحب المسالك وبعض من وافقه من مشايخنا وغيره فى غير موضع من
المواضع فنقول ينبغى المعنى الامانة انها تحصل بامرين احدهما رضا المالك واقعا
ناشيا عن البناء على حصول شئ غير واقع جهلا او تجاهلا ثانيهما ان يكون مجانا ما بملحوظ
فيه العوض او واجدا ان يكون ناشيا عن اختياره لا عن حق لازم على الاذن والدليل على
كفاية

كفاية ذلك ان الامين والمامون والاستيمان وما ضاهاها من العناوين المعلق عليها عدم
الضمان فى تلك الابواب لا يراد بها تلك العناوين عند الناس جميعا لاشتراطها العدالة
وهو باطل قطعا فاسد اجماعا وان دل عليه ظاهر بعض الاخبار المعارض بمثله بل من كان امينا
كان مامونا عند الاذن وهو لازم للاذن المجانى لا الاختيارى لغير الناشى عن احتمال الاذن
ولا يعتبر بعد ذلك ان يكون الاذن مبنيا على الاستيمان والاستنابة فى التصرف كما فى
الامانات بالمعنى الاخص اعنى الوديعة ضرورة ان اطلاق الاخبار وظهور الاجماع والحكم
وبعض ما هو من الامانات قطعا واجماعا كالعارية ونحوها من ذلك واما اعتبار الامرين
الاولين فواضح لان الاذن ينعدم بانعدام الاول حقيقة وليس بناشئ عن كون
الاخذ مامونا عند الاذن بانعدام الثانى ولا ينقض بتعميم العوض للاجل لمضاربة و
الوكالة والعين المسلمة الى الاجير ليعمل فيها لان المال المقصود هنا ليس عوضا فى مقابل بقاء
العين مطلوب لتحصيل الناد والصفة ولكن اعتبار عدم كون الاذن من حق لازم للماذون
فانه ليس واضحا لان الاذن فى مثله ليس ناشيا عن امانة الرجل عند الاذن بتفرع عليه عدم
الضمان ومن ذلك حكم البدل المستفاد من الاخبار بعدم الضمان مع سبب عن اذن الشارع
وهذا النوع من اذن المالك فيدل على عدم الضمان هنا لحوق اخبار الامانات مضافا الى الاجماع
وعلى هذا يكون سبب عدم الضمان فى ابواب الامانات مختلفا ففيما عدا الرهن والاجارة هو
كون الاخذ مامونا عند الاذن وفيهما هو كونه مستحقا للتصرف عليه من الشارع لكن بناء
الاصحاب على الاكتفاء بالاولى اذ لا شبهة فى كون الرهن والاجارة عندهم من الامانات
المالكية والامر فيه سهل واذ كان المستفاد من الادلة ما ذكرناه نعم يمكن استفادة عدم ضمان
العين المستاجرة من صحيحة ابى ولاد حيث حكم فيها بضمان الدابة المستاجرة بعد التعدى
عن الموضع الذى عين فى الاجارة لا قبله فان عدم الحكم بالضمان قبل الموضع فيه
اشعار او دلالة على عدم الضمان وبعينه فى ان الشارع ابقى كونه واقعا فلا يكفى مطلق

جواز التصرف الناشئ عن الجهل والغرور فانه بعد التنبه والانكشاف لا يعمل بموجب
اليد لما ان كلا من الاذنين يرفع الضمان ويخصص به ادلته في ضمن اليد اعني الاتلاف
والسبب مع مراعات الشرط المذكور ويتفرع على ما ذكر ويتضح به الحال في فروع وقع الخلاف
فيها منها المأخوذ بالسوم فالمعروف فيه الضمان خلافا للمحكي عن السرائر والمختلف والايضاح
ومجمع البرهان والمسالك والكفاية للاصل وكون القبض باذن المالك فيكون امانة ولما
ذكرنا ظهر قوة المشهور اذ مع توقع العوض ليس الاذن والتسليط مبنيا على كونه امينا معتمدا
عليه عند المالك فربما يقدم الانسان في مضانّ عظيمة مظنونة فكيف عن المحتملة رجاء لحصول
بعض المنافع وطمعا لتحصيل بعض الاغراض كما هو واضح ويمكن ارجاع استدلال على الضمان
بعموم قاعدة اليد مع وضوح فساده في مقابل قاعدة الامانة المخصصة للعموم الى ما ذكرنا نحو
عن التقريب ومنها ما لو دفع بائع العبد الموصوف عبدين للاختيار فابق احدهما ففي
الضمان هنا بناء على عدم الضمان في الاول اشكال لان الاذن الكافي في صدق
الامانة عند من قال بعدم الضمان في الاول لكن عن جماعة ممن قال بعدم الضمان هناك
القول بالضمان هنا والفرق غير واضح وقيل الفارق هو النص المخالف الوارد في ضمان
النصف هنا خاصة وفيه اولا ان ظاهر القائلين بالضمان هو ضمان تمام التالف لا
نصفه مطلقا وثانيا انه يحتمل ان يكون من الفسخ القهري فلا يقاس به غيره ثم ان
طريق المسألتين بناء على استناد الضمان الى اليد واضح واحد فان اكتفي في الاذن
في صدق الامانة فلا ضمان في المقامين والا لحقه الضمان كل ومثله القبض لاختبار
المهر او عوض المهر الخلع بل شبهه المعين لا للاستيجار بناء على الاغماض عن النص والا
فهي ملحقة بالاول لا لحمل المقبوض بالسوم فعن التذكرة التسوية بينه وبين الحامل في ومنها
الضمان وقد ظهر انه الاصح خلافا للمحكي عن غيره واصل الفرق بينهما ثابتا بناء على كون
الضمان في الحامل ثابتا على خلاف مقتضى القاعدة فيقتصر عليه ويرجع في الحمل الى قاعدة الامانة

الامانة
ومنه

ومنها ٤٧ انه اعترف بان القاعدة قاضية بعدم الضمان في الحامل فيطالب بالدليل
المخرج وان تمسك بذلك لاحتمال انه مبتاعة بالعقد الفاسد فان فيه خلافا فاحشا
فعن القواعد والدروس وجامع المقاصد والمسالك والروضة وغيرها عدم الضمان
لعدم كونه مما يضمن بصحيحه فلا يضمن بفاسده فيكون امانة في يد المشتري
مع ان اكثرهم قالوا بالضمان في المقبوض بالسوم فيشكل الفرق مضافا الى الاشكال في
اصل الحكم بعدم الضمان وفساد ما استندوا اليه من عدم جريان القاعدة لان سبب
الضمان في مجراها على ما هو التحقيق كما يأتي انشاء الله تعالى هو قاعدة اليد وهي بعينها جارية
في الحمل جريانها في الحامل مع ان الضمان في المقبوض بالسوم غير مستند الى القاعدة المذكورة
والاذن في القبض موجود فيه ايضا فلم صاروا الى الضمان فالاقوى وفاقا للمحكي في كتاب الغصب
وغيره الضمان لما عرفت سواء اشترط الحمل في بيع الحامل ام لا مع ما عن الدروس من التفصيل
وحمل القول بالضمان على صورة الاشتراط عن الارشاد لا على ما هنا ومنها العين
المستاجرة بعد مدة الاجارة المتردد فيها بعد التسوية بينها في عدم الضمان وهو الحق
لان العين امانة في يد المستاجر في المدة فيستصحب لما عرفت من عدم تحقق مناط الامانة
المالكية لكنه [illegible] في العين المستاجرة بل لان عدم مطالبة الموجر مع قدرته
عليها يكفي في الاذن الرافع للضمان حسبما قررناه واوضحناه فهي قبل المدة امانة شرعية
وبعدها مالكية لا مع عدم قدرة الموجر على المطالبة لجهله ونحوه فيكون امانة شرعية لا
تضمن الا ان يدعى اعتبار الترخيص والاذن من المالك في رفع الضمان وعدم
كفاية الرضاء الباطني في ذلك وان كفى في الاباحة ورفع الاثم فلا تكون امانة
مالكية لان الامرين اعني العلم وعدم المطالبة ليس ترخيصا وان كانا كاشفين
عن الرضاء ويندفع اولا بان الترخيص السابق كاف فيستصحب فتأمل وثانيا بان
الترخيص الرافع للضمان اعم من القولي وغيره وترك المطالبة مع العلم به امر نا

على الرخص في اليد وهو كاف في رفع الضمان وان قلنا بعدم كفاية العلم بالرضاء
الباطني وكيف كان فلا ضمان ولو لم يكن امانة مالكية لا تجاح امانة شرعية فلا وجه للضمان
خلافا للمحكي عن الاسكافي والطوسي فاطلقا الضمان بعد الاذن ويمكن حمله على صورة حبسها
للمستاجر مع مطالبة المالك او نحوها مما لم يرتفع معه الاذن من المالك والشارع
العين المستاجرة بالاجارة الفاسدة ففي القواعد كما عن التذكرة وجامع المقاصد
عدم الضمان وعن مجمع البرهان ان المفهوم من كلمات الاصحاب الضمان وكذا عن الرياض
في هذا المقام من غير تقييد بالجهل معللا بعموم على اليد مع الاشكال في صورة العلم
نظرا الى كون القبض باذن المالك فلا ينصرف الى هذه الصورة لكن اختار عدمها في
موضع اخر عدم الضمان وهو خيرة بعض مشايخنا وفاقا لشيخه في مفتاح الكرامة
فلتتامل حيث لم يرامه كلام الاصحاب في ذلك منشأ الاشكال على نحو جامع ا
لمقاصد في باب الغصب معارضة قاعدة ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده لقاعدة
قاعدة اليد قال في الباب المذكور ان الذي يلوح من كلامهم عدم ضمان العين
المستاجرة فاسدا اما استيفاء المنفعة والتلف فيساق اليه النظر هو الضمان لان التصرف
فيه حرام لانه غصب فيضمنه ثم قال الا ان كون الاجارة الفاسدة لا يضمن بها كما لا يضمن
بصحيحها مناف لذلك فيقال انه دخل على عدم الضمان بهذا الاستيلاء وان لم يكن
محقا والاصل برائة الذمة من الضمان فلا يكون العين مضمونة ولولا ذلك
لكان المرتهن ضامنا مع فساد الرهن لان استيلائه بغير حق وهو باطل قلت لا يظهر
مما ذكرنا ان مقتضى القاعدة هنا الضمان لانتفاء ملاك الاستيمان وهو اذن
المالك عن اختيار من دون استحقاق المأذون والبناء على امر غير سهل وانتفاء
الاستحقاق الواقعي المزدوج لاذن الشارع فعدم الضمان على ما سمعت عن جامع ا
لمقاصد انما هو لاجل القاعدة المشار اليها وهي شهيرة بين الشيخ ومن تاخر
فعن المبسوط في غير موضع تعليل الضمان في العقود الفاسدة بانه دخل على ان يكون
المال

المال مضمونا عليه وفيه اشارة الى الملازمة بين الضمان والاقدام وجودا وعدما
اما وجودا فبالطرد لانه مقتضى التعليل فيدل على عكسها وهو قولنا كلما لا
يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده لوجود السبب وهو الاقدام في الصورتين واما
عدما فلان قضية انتفاء عدم السبب عدم المسبب الا ان يقوم مقامه سبب
اخر والضمان سبب اخر غير ضائر فيما هو مقصود القوم من الكلية لان غرضهم التسوية
بين الصحيح الذي لا يقتضي الضمان والفاسد من الجهة التي حكم لاجلها بعدم الضمان في
الصحيح وهو الدخول على ان لا يكون المال مضمونا عليه واصرح من ذلك ما ذكره في الفاسد
فان صحيحه لا يوجب الضمان فكيف يضمن بفاسده وقد صرح في محكي التذكرة بالملازمة
المتولد منها الكليتان حيث قال اذا كانت الاجارة فاسدة لم يضمن المستاجر العين اذا تلفت
بغير تفريط لانها عقد لا يقتضي صحيحه الضمان فلا يقتضيه فاسده حكم كل عقد فاسد
حكم صحيحه في وجوب الضمان وعدمه فما وجب الضمان في صحيحه وجب في فاسده وما لم
يجب في صحيحه لا يجب في فاسده ونحوه عن القواعد وعن جامع المقاصد في الفصل الرابع
كل ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده وبالعكس اراد بالعكس الملازمة في جانب الوجود
على خلاف الاصطلاح اعني كل ما لا يضمن بصحيحه يضمن بفاسده وصرح بالملازمة
الشهيد الثاني في موضع من المسالك بل استدل على الملازمة الشهيد الثاني
الثاني في غير موضع من المسالك بل استدل على الملازمة الايجابية باقدامه
على الضمان وفاقا لما تقدم عن المبسوط وبعموم على اليد وعن المحقق الاردبيلي في
باب الاجارة ان الشرط الفاسد يبطل العقد ولا ضمان لانه قد تقرر عندهم ان
ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده وعن الرياض مثل ذلك في هذا الباب ونسب الى
بقاعدة المذكورة في باب تقدير الثمن في مسئلة ضمان المشتري المبيع مع عدم التعدي و
ونسبها الى المعروف بين الاصحاب والى الاشهر ودعوى غير ابكارها وفي مفتاح الكرامة
قد تضمن بعبائرهم بهذه القاعدة وقد ادعى الاجماع عليها وهي معروفة بينهم من غير نكير

وقد وافقه بعض مشايخنا قدس سره في كتابه في الاعتماد على هذه القاعدة في كثير من الفروع وما
بالقاعدة الملازمة بين الصحيح والفاسد في الضمان وجودا وعدما فنعم الملازمة الايجابية
والسلبية وبالجملة اشتهار القاعدتين بين من تاخر عن الشيخ امر واضح لاستره عليه وقد
ظهر من عبارة التذكرة ومن تعليل المبسوط والمسالك بالضمان للاقدام مرادهم بالقاعدة
ايضا وحاصله ان كل عقد صحيح يتعقبه الضمان ففاسده ايضا كذلك وكل ما لا ضمان في صحيحه لا
ضمان في فاسده فان الضمان في الصحيح والفاسد مستند الى العقد لما فيه من الاقدام عليه
وهو اما سبب للضمان كما تقتضيه الجمود على ظاهر التعليل في عبارة المبسوط والمسالك وغيرهما
مما اسند فيه الضمان في الايجاب الى الاقدام والدخول على ان يكون المال مضمونا عليه
او شرط لتاثير السبب المفروض في مجرى القاعدة كما هو الاظهر لان مجرد القبض لا يكفي في ضمان
المقبوض لا يكفي بل لا بد معه ان يكون مجانا او مبنيا على عوض الموزون من طرف المالك
وهذا الشرط يتحقق بالاقدام على الضمان المتحقق بالعقد فصح اسناد الضمان اليه كاسناد
الشرط الى احد اجزاء العلة بعد الفراغ عن غيره لكن السببية في الصحيح سببية تامة لان
نفس العقد الصحيح كاف في الضمان ولا يحتاج الى القبض وان كان التالف قبل القبض من
مال البايع لانه حكم شرعي كاشف عن انفساخ العقد بعد التلف فيعمل بمقتضى الضمان
الموجب لحكم الشارع وفي الفاسد ناقصة سببه على سوق احد اجزاء العلة كما
عرفت واما فيهما فلا معنى لاسناده الى الضمان لان عدم الضمان مستند الى عدم
سببه لا الى العقد الصحيح ولا الى الفاسد ولاجل ذلك لا بد من حمل الباء الظاهرة في
السببية على غيرها اللهم الا ان يوجه بان اليد سبب للضمان وعدم الاذن شرط ومرجع
الشرط العدمي الى مانعية الوجود والمانع سبب لعدم المسبب فيكون الاذن في القبض
مجانا سببا ايضا لعدم الضمان فصح ان يقال ان العارية صحيحة وفاسدة سبب لعدم
الضمان لما فيها تماما من الاذن المجاني الرافع للضمان مع وجود مقتضيه اعني ا

البدل واما

٦١ البدل واما الضمان فالمراد به لزوم العوض سواء كان بالمسمى او بالقيمة والمثل اما كون
ما خسارة عليه كما في الرياض في باب تقليل الثمن لان ذهاب كل مال خسارة على المالك
ولو لم يجب عليه دفع بدله ومقتضاه ان يكون الهبة مضمونة على المتهب مع انها مندرجة
تحت كلية ما لا يضمن والضمان بالمعنى المذكور مشترك بين الصحيح والفاسد وان كان
دفع البدل في الاول منجزا وفي الثاني معلقا على التلف واما وجوب رد العين
قبله فليس مرادا في هذه القاعدة وان كان واضحا الا ان ما لوجوب دفع البدل تعليقا
ومنهم من فسر الضمان بالتعهد وكون المقبوض في عهدة القابض مراعاة لوجوب
رد العين قبل التلف في الفاسد وفيه ما عرفت ولا فرق في مجريها بين الاعيان والمنافع
المستوفاة بالعقود الفاسدة نعم في عمومها لمنافع الحر كلام للمحقق الثاني يأتي انشاء الله واما الدليل
عليها ففي طرف الايجاب واضح مما قررنا في بيان سببية العقد للضمان لان العقد ان
كان صحيحا فالدليل على صحته دليل على الضمان بعد فرض كون العقد مقتضيا له وان كان
فاسدا فالدليل عليه هو عموم على اليد منضما الى ما فيه من الاقدام واما ما مر من المسالك
والمبسوط وفي غيرهما ايضا كالرياض وغيرها من الاسناد الى الاقدام فهو مستقلا وهو
اما مسامحة في التعبير او مردود لعدم الدليل المعتبر على كونه من الاسباب من دون تلف
او اتلاف مباشرة او تسبيبا الا الاحاديث المرسلون عند شروطهم الغير المعمول به في غير الشروط
في العقود الصحيحة في الاعيان واما المنافع فالدليل على ضمانها مع فساد العقد هو
ما دل على احترام مال المسلم وانه لا يحل مال امرء الا بطيب نفسه وان حرمته ما لم تكرهه دمه
وان لم نقل بجريان قاعدة اليد فيها ايضا كما ادعاه الاستاد العلامة رفع الله مقامه في مادة ... مسح
وكذا منافع الحر بدليل احترام عمله نعم دليل الاحترام انما يقتضي ضمان المنافع المستوفاة
واما الفائتة تحت اليد فلا دليل على ضمانها لكن هذا الاشكال في اصل ضمانها في باب الغصب
سواء كان هناك عقد فاسد ام لا فكلما يجيء به الاشكال في بابه فهو دليل على ضمانها .

فى العقد الفاسد فظهر ان الكلية الموجبة صحيحة مقبولة مطردة غير مخصصة الا مور منها
بيع المغصوب مع علم المشترى فان الثمن على فرض صحته مضمون على البايع مع انه غير مضمون
عليه المشهور عند الكل او الجل ومنها عقد السبق او الرماية فان عمل السابق والرامي غير
مضمون هنا على ما من الشيخ والعلم وغيرهما خلافا فالاخرين مع انه مضمون بالمسمى على فرض
الصحة ومنها نكاح المحرمة من الوطى فانه يضمن بصحيحه البضع والمهر المسمى ولا يضمن بفاسده
ومنها الخلع ومنها النذر بناء على عموم القاعدة للايقاعات ايضا كما يقتضيه عموم الموصول
وان صرح فى كلام العلامة فى التذكرة بالعقد فان صحيحها يضمن دون الفاسد ومنها
العارية المضمونة فان فى اقتضاء فاسدها الضمان اشكالا لا للاستناد فدة خلافا للعلامة
وبعض مشايخنا ومحكى الرياض وكذا كل عقد او ايقاع ما لا يشترط القبض فان صحيحها يقتضى
دون الفاسد كالضمان وقد ينقض ايضا ببيع الصبي والمجنون والسفيه فانها لا توجب
الضمان عليهم حتى مع الاتلاف مع ان صحيح البيع يوجب الضمان وكذا عقد الكتابة
فان صحيحها يوجب الضمان المولى دون الفاسد وكذا المبايعة الفاسدة ففى الارشاد
ان فاسدها لا يوجب الضمان اى ضمان العوض لكن النقض انما يرد على من زعم كونها قاعدة
مستقلة كما يظهر من المسالك فى ما حكى عنه فى مسئلة اشتراط كون الرهن مبيعا وصاحب
الرياض فى باب البيع مستدلا بها على الضمان مضافا الى قاعدة اليد واما على ما قررنا من
من تطبيقها على القاعدة فلا وقد يتكلف فى النقض عنها بناء على كونها قاعدة مستقلة اما عن
الاول فتارة بمنع اقتضاء صحيحه الضمان مع علم المشترى لانه بعلمه بالغصب يصير حاله كحال
من اعطى بلا ثمن فلا يستحق شيئا وفيه اولا المنع من ذلك وانما كان شراء المغصوب ليس كا
البيع بلا ثمن واخرى بانه مبنى على كون المراد بالعقد الذى هو موضوع القاعدة كل عقد
جزئي ويكون المراد بالصحة والفساد الفرضيين دون الفعليين وفيه منع اذ الظاهر كون
المراد به العقد الكلى المنقسم الى الصحيح الذى يوجب الضمان والفاسد كالبيع والاجارة و

الجعالة

الجعالة ونحوها من الانواع التى تحتها الصحيح والفاسد فعلا واخرى بان البيع بلا
ثمن ان قصد به التمليك بلا عوض فهو هبة بلفظ البيع داخل فيما لا يضمن فلا نقض
وان قصد به حقيقة البيع المشتمل على العوض لا محالة كان نقضا للضمان على فرض الصحة
ويلغوا شرط عدم الثمن فكذلك مع الفساد واما الثانى فلان المهر ليس شرطا كليا مما
يقتضيه النكاح الفاسد كما فى تفويض البضع فانه لا يقتضى مهرا ولا يتعين الا على
بعض التقادير وفيه ان مطلق النكاح وان لم يكن من جار القاعدة لكن نوع خاص منه
وهو المشتمل على المهر يجرى لها فان تحته فردين صحيحا وفاسدا صحيحه يقتضى الضمان دون
الفاسد واما الثالث فهو وما بعده اعنى النذر واما مثالها من الايقاعات يمكن دعوى
خروجها من موضوع القاعدة بناء على ما عن التذكرة من التخصيص بالعقد كما مر ولا
يلتفت الى عموم الموصول فى كلام غيره لاحتمال العهد وفيه ان حمل التخصيص فى
التذكرة على المثال وعلى مراعات الباب الذى ذكر فيه القاعدة اعنى باب الاجارة
اولى من تخصيص الموصول بلا قرينة واضحة فالنقض بحاله لا محيص له هنا وكذا عقد الضمان
فلا محيص له الا بجعل القاعدة غالبية كما جعل المحقق الثانى قولهم كل ما صح عاريته صح
اجارته كلية مع اشتهارها ونقل الاجماع عليها واما عقد الكتابة فقد يتفصى عنه بان الحل
عنه قابل لان الانسان لا يضمن لنفسه وهو حسن وان كان مبنيا ايضا على عدم عموم القاعدة
وكيف ما كان فقد ظهر انها قاعدة ليست مستقلة وانه ليس فيها كلية من الكليات لانهم فرقوا
بين الصحيح والفاسد فى عدم الضمان فى كثير من الموارد بل فى كل مورد وجد فيه سبب من
اسباب الضمان من يد او اتلاف او تسبيب فلو كانت الملازمة ثابتة بعيد التزام الفرق
صحيحا وفاسدا او خلافا فان الفرق بين قاعدة ما يضمن وقاعدة ما لا يضمن باستقلال الاولى
دون الثانية مدفوع بالاجماع ظاهرا الكل وتصريحهم كونهما عبارتين عن تدارك الوان
العين المستاجرة بالاجارة الفاسدة فقد عرفت الخلاف فيها وذهاب غير واحد من المصرحين
بالقاعدة فيها الى الضمان منهم صاحب الرياض ويظهر منه الحال فى الرهن الفاسد فان الاجارة

والوجه لو فرق بينهما في المقام وان لم اجد مصرحا بالضمان في الرهن الفاسد
كما وجدناه في الاجارة الفاسدة ومنها عارية المغصوب فان غير واحد صرح فيها بضمان
المستعير حتى مع الجهل خلافا للمحكي عن الفاضل مع انه لا يضمن بصحيحها
عارية الصيد للمحرم لحكمهم فيها بالضمان من غير اشكال الا من المسالك نظرا الى هذه القاعدة فا
كان حكم العقد الفاسد حكم الصحيح في الضمان وعدمه كما اسلفناه في مواضع فالقاعدة كلية
انتهى وكلما انتقضت الضمان هنا بانه من جهة الاتلاف وفيه انها لو كانت كلية كانت حا
كمة على جميع ادلة الاسباب فهذا اعتراف بانها غالبية منوط بانتفاء سبب الضمان في الغالب
ومنها بيع بلا ثمن الذي حكموا فيه بالضمان من غير اشكال سوى العلامة في محكي المختلف
قال هذا البيع لا يضمن به لو كان صحيحا والمشتري قبل تجرد عن موضوع القاعدة لانه العقد
الكلي المندرج فيه الصحيح والفاسد كالبيع كما مر انه في النقض في السلب لكن ينتقض الايجاب
بناء على اشكال العلامة وكذا الحال في الاجارة فالاكثر على الضمان خلافا للمحكي من
الشهيد والمحقق الثاني في خصوص الاعمال المتبرع بها العامل بشرط عدم الاجرة فان
لاحظنا العقد الجزئي كان نقضا على السلب وان لاحظنا كلي الاجارة كان نقضا على
الايجاب بناء على المحكي من الشهيد والمحقق الثاني ومنها هبة العقار كالصبي والمجنون
والسفيه فانها توجب الضمان مع ان صحيح الهبة لا يقتضي الضمان ومنها الرشوة بناء على كونها
راجعة الى الهبة الغير المعوضة وان قصد بها التوصل الى الحكم وغير ذلك مما لا يخفى على
المتامل المتتبع وفاقا او خلافا وهذه كلها دليل واضح على انطباق القاعدتين على [illegible]
الضمان الثابتة في محلها لا انهما قاعدتان مستقلتان ثابتتان بالاجماع يجب الاخذ بهما
وان خالفتا القواعد والتحقيق ان غرض الاصحاب [illegible] ما ذكرنا ونحن ايضا نقول بهما
لمطابقتهما غالبا مقتضى القواعد فهما قضيتان غالبيتان [illegible]
عرفت والله العالم [illegible] الشرط ضمانا [illegible] العين من غير ذلك الى التعدي والتفريط
[illegible] عند [illegible] المنع خلافا للمحكي عن الاكثر بل عن جامع المقاصد القطع ببطلان

الشرط

الشرط وفي مفتاح الكرامة وقد اتفقت كلمة من عدا السيد في الانتصار ممن تعرض
هذا الفرع على بطلان الشرط واما السيد فقد ذكر في اثناء كلام له [illegible]
تتبع كلامه في مسئلة ضمان الصانع ما يهلك تحت يده ما يظهر منه صحة العقد
والشرط اجماعا حيث حكى قول [illegible] ان من اعطى الاجرة فلا ضمان عليه وان شرط
ورده بانه مخالف للامامية لان عندنا ان اشترط كان الضمان عليه بالشرط وعن
المحقق الاردبيلي وتلميذه صاحب الكفاية انه يمكن ان يقال بالصحة واللزوم موافقة صاحب
المدارك استاذه وصاحب الكفاية لهما وموافقتهما لا يقتضيه القياس بغير المقام وفي
حاشية الروضة للمحقق الخونساري جمال الدين ره التصريح بالصحة وعن الرياض ان في
جواز اشتراط ضمان العين لعموم الامر بالوفاء بالشروط والعدم لمنافاته لمقتضى العقد
فيفسد قولان والثاني اشهر والاول اظهر مع ضعف المعارض بمنافات [illegible]
بل هو حيث لم يكن هناك شرط انتهى [illegible] تحقيق المسألة يستدعي الكلام في بيان
حكم الشروط في العقود اللازمة [illegible] آرائهم [illegible] خصوصا في موضوع
[illegible] من حيث المخالفة لمقتضى العقد [illegible]
لمقتضاه ليس سببا مستقلا برأسه لفساد الشرط المحلل للحرام وبالعكس الذي يوجب
فساده الاخبار المستفيضة ونطق بها الاجماعات المستفيضة ويعبر عنه الفقهاء
بالشرط المخالف للكتاب ولا اشكال في فساده بعد العلم بموافقته كالامثلة
فان المنافي لمقتضى العقد داخل تحت المخالف في الجملة وانما الاشكال في
المراد بالمحرم للحلال [illegible] المنافي لمقتضى العقد [illegible] ونبدأ اولا بايراد
بعض الاخبار [illegible] الاحتجاج بها في بعض الفروع ففي
النبوي المروي من كتب العامة والخاصة كالشيخ والعلامة [illegible] في حكاية
بريرة لما اشترتها عائشة وشرطت مواليها ولاءها ما بال اقوام يشترطون شروطا
ليست في كتاب الله فهو باطل قضاء الله احق وشرطه اوثق والولاء لمن اعتق

والظاهر ان المراد بكتاب الله هو الشرع المطاع بعلاقة الكل والجزء او بعلاقة المشابهة من حيث اشتراك الكتاب وكل حكم من احكام الشرع في الكشف عما عند الله او بعلاقة اخرى ظاهرة اذا ظهر لمن تفكر فيه بدليل ثبوت كون الولاء لمن اعتق من السنة لا من الكتاب بمقتضى ظاهره ولو اريد بالكون فيه ما يعم الباطن كان المراد به خصوص كتاب الله كما هو احد الاحتمالين في نحو لا رطب ولا يابس الا في كتاب مبين والمراد بعدم كونه كذلك ان يخالفه عموما او خصوصا حتى يكون دليلا على بطلانه عند الله قبل الشرع ويحكم عليه قوم ثم ما كان من شرط ليس في كتاب الله عز وجل فهو باطل يعني ان نفس الامر المشروط باطل غير مرضي عنده تعم فيكون الشرط عبارة عن الشيء المشروط ويكون قوله هذا صغرى لكبرى مطوية مستفادة من السياق والانكار السابق وهي ان شرط كل شيء باطل غير مرضي عنده تعم باطل وان جعلت الشرط بمعنى المصدر كان المراد بالكلية الفرعية تلك الكبرى لكن نسبة الكون في كتاب الله اليه انما هي مبنية على نحو من المسامحة لان الشرط بهذا المعنى الصحيح هو الاشتراط ولا معنى لكونه في كتاب الله الا كون متعلقه اي المشروط فيه وهذه الكلية وان لم يستلزم اناطة صحة الشرط بكونه في كتابه لكنه يدل عليه عرفا ويدل عليه ايضا ما روي موثقا عن امير المؤمنين ع من شرط لامرأته شرطا فليف لها فان المسلمين عند شروطهم الا شرطا حرم حلالا او احل حراما لان الاستثناء بقبيل التنويع كاكثر المخصصات ويدل ايضا ان الشرط الصحيح ما كان في كتابه تعم واما ما لم يكن فليس الاشتراط مقتضيا ومخالفة الكتاب اعني عدم كونه فيه مانعا ويدل على التنويع ايضا النبوي المروي صحيحا عن ابي عبد الله ع من شرط شرطا سوى كتاب الله عز وجل فلا يجوز ذلك ولا عليه نظرا الى مفهوم الوصف فالمعنى ان ما ليس في كتاب باطل وما فيه صحيح وايضا يدل عليه صحيحة ابن سنان من شرط شرطا مخالفا لكتاب الله عز وجل فلا يجوز على الذي اشترط عليه والمسلمون عند شروطهم فيما وافق كتاب الله والمستفاد من المجموع بعد ضم بعضها الى البعض فاعلم ان كلا منهما قابل للتخصيص الا ان الكلام في سلامة كلية البطلان عن التخصيص اذ الشرط المخالف للكتاب لم نجد موردا

منه محكوم

منه محكوما بالصحة بدليل قطعي او ظني يمكن الركون اليه وما نراه من التخصيص المتوهم في بعض الفروع لا بد من اخراجه عن الموضوع كما يأتي وما دل على بطلان الشرط المخالف للكتاب غير قابل للتخصيص وكيف يحتمل ويخصص قوله ع في النبوي ثم ما بال اقوام اه كالمعتضد بما ثبت مستفيضا من بطلان كل حكم مخالف للكتاب وانه زخرف وانما جزاؤه الصحة فربما يتكلم من بعض طرد التخصيص بالاجماع على فساد بعض ما هو موافق للكتاب عموما او خصوصا وهو مبني بعيد على فرض ثبوته ومن هنا يسهل الامر في جملة من الفروع الاتية فانهم صرحوا فيها بالفساد مع موافقتها بالفساد مع لفظ الكتاب خصوصا او عموما لا انا نلتزم بالتخصيص في ميزان الصحة ويبقى ميزان الفساد على عمومه خلافا فان الفقيه واحد فزعم الملازمة بين التخصيصين وبذلك اشكل عليهم اتفاق مرضع القاعدة بين وزعموا انخرام ميزان الفساد بسبب لاجمال قوله الا ما احل حراما او حرم حلالا لاسيما في انته نعم توضيح ذلك كله والغرض هنا البينة على التنويع وان كل شرط باطل لا بد ان يندرج تحت ما ليس في كتاب الله ومن ذلك جميع ما ذكرنا ظهر ان زعم المحقق والشهيد الثاني بان ونحوهما ان تخصيص كلية البطلان ليس على ما ينبغي حيث قال في محكي الجامع في مسألة اشتراط عدم اخراج المرأة عن البلد انه على القول بالصحة لا يلحق به شرط عدم اخراجها عن المنزل اقتصارا فيما خالف القاعدة على مورد النص اراد بالقاعدة ضابطة البطلان وكذا قال الثاني في هذه المسألة الا انه ذكر الوجهين اعني الالحاق لاتحاد المناط والعدم الاقتصار على القدر المتيقن وقال ايضا في مسألة شرط عدم الوطي الحاق شرط عدم التقبيل به نظرا الى الصحة وجهان من المساوات في المقتضي ومن اختصاص النص ووجه الفساد ان معنا ما يفيد ما دل على بطلان الشرط المخالف والشرط المحلل والمحرم آبٍ عن التخصيص لكن ما دل على صحة الشرط الموافق للكتاب ليس كذلك كما يخفى ثم لا نعقل شرط عدم الوطي وعدم الاخراج عن الشروط المحللة فان قلت لا فرق بينهما وشرط عدم التسري وعدم التزويج الثابت وروده النصوص على بطلانه ما يعلل بمخالفتها للكتاب

فقلت لا فرق بينهما لكن عرفت جواز التخصيص بما دل على صحة الشروط الزائدة واما التعليل
بكونهما مخالفين للكتاب فيمكن ان يقال انه خرج مخرج التقية كما ان معارضهما من الاخبار
المصرحة بالجواز محمولة عند الشيخ في محكي التهذيب عليها ولم يكن له نظير في الاخبار
من حيث كون الحكم حقا والتعليل باطلا من جهة الانتفاء وانطباقه على اصول المخالفين
فقد نقل انهم يصححون الشرطين ويحكمون بوجوب الوفاء بهما فاراد الامام ع الردع عن ابطال
ولو بالجد دون نفيه فان المتعارف صيغة المحظور فافهم بقي الكلام في ان المراد بالباطل الذي
ليس في كتاب الله نعم والصحيح الذي فيه وقد عرفت كون الشرط فيه او ليس فيه سواء
جعلته عبارة عن الشروط او عن المصدر انما يكون بكون المشروط كذلك فالمراد بالشرط
الباطل ما لم يكن مشروعا وثابتا في الدين سواء كان من التكليف او من الوضع وبالصحيح
ما كان مشروعا ثابتا فلا بد من ان يكون المشروط من الاحكام لا من الافعال وان كان
متعلقه بحسب جعل المتشارطين هو الفعل الا انه لا بد من استلزامه تغيير الحكم الشرعي
كالولاء لغير المعتق فانه امر غير مشروع ليس في كتاب الله وكذا شرب الماء اذا كان مفادا
للشرط ثبوت حكم غير مشروع له فان شرط ثبوتا له بسبب معين شرعا بلا سبب فهو شرط
الباطل مردود على الشارط كشرط كون المرأة زوجته او شئ مبيعا بلا صيغة فان شرط
ثبوتها بسبب صحيح وكذا لو شرط فسخه لم يكن لها سبب معين كفسخ العقد اللازم فانه امر مشروع
له اسباب متعددة وان يكون له الفسخ صح لانه مشروع وان شرط الانفساخ بلا لان
العقد لا ينفسخ في الشرع بلا فسخ وان شككنا في المشروعية بالمعنى المذكور رجعنا الى
الاصول والقواعد وسياتي انشاء الله تعالى في اخر المسئلة ما هو الحال في ذلك واما الحلال
والحرام فلا بد ان يكون المراد الجائز شرعا وغير الجائز ولكنهما الحلال والحرام اللذين
هما من التكليف لا يكون الولاء لغير المعتق داخلا في تحليل الحرام قطعا وليس من التكليف
بل الوضع وايضا ظاهر النبوي بل صريحه بالبيان المتقدم كون الشروط من الاحكام
فان رجع اليه ما في العلوي المتقدم وغيره من التحليل والتحريم اخذ مفاد الكل واحد
جواز الصحة

69 جواز الصحة والفساد والا اختلفا فيكون للشرط الباطل ما يطابق احدهما ان يكون
المشروط شيئا غير مشروع من وضع او تكليف وثانيهما ان يكون فعلا محرما استحل بالشرط
او فعلا مباحا حرم بالشرط وليس كذلك ولم يسلكه احد من الفقهاء فان ظاهر الكل
كما هو الظاهر من الاخبار ايضا انحصار سبب البطلان في شئ واحد فلا بد من احد الامرين
اما ملاحظة نفس الشروط ثبوتا وسقوطا فلا يكون غير الحكم واما ملاحظة متعلقه حلا
وحرمة فلا يكون الا فعل التكليف وايهما اخذ لا يتم التعريف فيما ظاهره الامر فان بنينا على
الثاني كما هو ظاهر قوله الا ما احل حراما وحرم حلالا في العلوي وغيره تكلفنا في ارجاع
النبوي اليه وارتكبنا التاويل والخروج عن الظاهر كان يقال المراد بعدم المشروط نفسه
في كتاب الله عدم كون حكمه الذي جاء من الشرط فيه وانت خبير بان شرط ترك المباح و
فعل الحرام ان دخل تحت النبوي بتكلف فشرط الولاء لغير المعتق الذي هو مورده يخرج
عن مدلوله اذ ليس شرط الولاء لغير المعتق فعلا يكون حكمه الذي جاء من الشرط مما فقط
في الشرع وايضا لا معنى يحصل لوجوب الوفاء بالشرط سوى الالتزام بما ليس بلازم قبل
الشرط فكل شرط سائغ محرم للحلال ولاجل ما ذكرنا استقر اراء غير واحد من الاعلام على
تعميم الشرط المحلل والمحرم بما ذكرنا وجعلوا الشرط المحرم للحلال عبارة عن كل شرط يكون مشروعا
لما يقتضي بشرعيته باسقاط حكم ثابت في الشرع من وضع او تكليف لا [illegible] فعل
مباح فانه باطل بالضرورة يحتاج تطبيقه على الفروع الاجماعية الى تكلف دونه خرط القتاد
كما ستعرف انشاء الله تعالى نعم لا مانع من الاخذ بظاهر العكس اي تحليل الحرام ولا يحتاج الى
التفسير المذكور ضرورة بطلان اشتراط فعل المحرمات ومع ذلك كله لم ير نفسه اسنادا
العلامة رفع الله مقامه حيث نقل التفسير المذكور عن بعض من عاصره وعن المحقق
الثاني ره في رسالته المعمولة في مسئلة الشرط الفاسد في العقود واورد عليهم وبالغ في
الايراد حتى عن ذلك فقال بعد نقله عن بعض لا افهم معنى محصلا لاشتراط حرمة
الشيء او حليته شرعا فان هذا امر غير مقدور للشارط ولا يدخل تحت الكسل فهو عبث

داخلا في غير المقدور لا معنى لاستثنائه عما يجب الوفاء به لان هذا لا يمكن عقلا الوفاء
به اذ ليس فعلا خصوصا للمشروط وكذلك الكلام في النذر وشبهه والعجب منه قدس سره حيث لاحظ
ظهور الكلام في كون الحلال والحرام نفس الشرط ولم يلاحظ كون الاستثناء من الافعال التي
يجب الوفاء بالتزامها وجعل من الشروط ما لا يعقل فيه الوفاء والنقض وقد مثل للصلح المحلل
للحرام بالصلح على شرب الخمر المحلل والمحرم بالصلح على ان لا يطأ جاريته ولا ينتفع بماله انتهى كلامه
اعلى الله مقامه قلت عدم ملاحظة الاستثناء او عدم الالتفات الى امتناع تعلق الوجوب
بما ليس من الافعال ولا من المقدور وان كان من العجائب كما افاده قده الا ان عدم ملاحظة
مورد النبوي وان كان اولا لعدم المعقول ليس من الافعال المقدورة بل من احكام الوضع
المهر الداخلة تحت قدرة المكلف اعجب ولذا تمثيل للصلح المحلل للحرام بالصلح على شرب الخمر و
المحرم بالصلح على عدم وطي الجارية وعدم الانتفاع بماله معارض بالتمثيل للشرط المحلل
بالحرام باشتراط عدم ارث الوارث والمحرم باشتراط ارث الاجنبي ومعارض
ايضا باشتراط الضمان في العارية واشتراط النتائج فيما ليس له سبب مخصوص فان
كل ذلك راجع الى اشتراط ما ليس من الافعال ولا من المقدور للمكلف او لم يكن
النظر فيما ذكرنا ونظائره الذي لا يخفى في توجيه الاستثناء وتفسير المستثنى منه امتنع وجوب
الوفاء بالشروط بما ذكرنا مع انه ليس من ادلة الوفاء الامر به حتى يكون مفاده التكليف
مطابقة بل منها قوله المؤمنون عند شروطهم وما يجري مجراه نعم في العلوي كما هو مباشرة الامر بشرطه
فليف به فان المسلمين عند شروطهم والامر فيه بعد التقييد المذكور لا يفيد سوى مفاد
قوله المؤمنون عند شروطهم ودلالته على الوضع ابتداء ان لم يكن اظهر من دلالته على
التكليف فلا اقل من التساوي فيبقى ظهور ما دل على كون الشروط من الاحكام سليما
ولو سلمنا الظهور في التكليف فالجملة وجب العدول عنه بملاحظة ما ذكرنا بل لا ينبغي
التامل فيما قلناه في جريان ضابطة الشرط المحلل والمحرم في اشتراط الاحكام الغير الشرعية
التكليفية والوضعية كاشتراط كون الرقية مطلقة الذي يظهر بطلانه منصوص في هذه الاخبار واشتراط

كونها

كونها زوجة ونحوها وان اجريناها في الالتزام وكالالتزام بالافعال ايضا وكلما ٧١
يتفصى به من الاشكال ويوجه به الاستثناء على تقدير العموم يأتي على تقدير الاختصاص
مع ان وجوب الوفاء لا يراد به سوى الالتزام بآثار الشروط والعمل بمقتضاه
على تقدير تعلقه بالحكم الشرعي كالوفاء بالعقود كما ان الوفاء به على تقدير تعلقه با
الفعل يراد به الاتيان بنفس المشروط دون الاحكام واما الوجهين يستقيم الاستثناء
ويندفع الاشكال ومما يؤيد ما ذكرنا في تفسير الحلال والحرام بل يدل عليه كما ورد
في غير واحد من الاخبار المعتبرة في تجويز شرط عدم البيع والهبة في بيع الامة ما عدا
الميراث معللا بانه كل شرط خالف الكتاب باطل فانها وان لم يكن مسوقة لها وظاهرها
مع ملاحظة المستثنى منه اختصاص البطلان بالمشروع من الشروط وفيها ايضا ما ورد في
بطلان شرط الطلاق والجماع بيد المرأة معللا بمخالفة الكتاب حيث قال الرجال
قوامون على النساء كما في بعض او قال فانكحوا ما طاب لكم من النساء كما في اخر بل نقول
ان ظاهر المحرم والمحلل هو ان يكون التحريم والتحليل مدلولا مطابقيا للشرط وهذا
لا يكون الا اذا كان نفس الشرط متعلقا بالحكم فانه اذا كان متعلقا بالحكم فانه اذا كان
متعلقا يكون التحليل والتحريم مدلولين التزاميين ولذلك اعترف قده بان ظاهره
ما ذكرنا الا انه بملاحظة عدم تعلق الشرط الا بالفعل لا بد من المصير الى خلاف ظاهره مع
لو اغمضنا من ظهور الاخبار بعد ملاحظة المجموع فيما ذكرنا وسلمنا ظهورها في كون متعلق
الشرط نفس الافعال بقي سؤال الفرق عن ترك شرب العصير المباح الذي جعلوا الحلف
عليه من تحريم الحلال وورد به النص وكذا الصلح على عدم الانتفاع بماله وعدم وطي جاريته
الذي جعلوه من الصلح المحرم وكذا ترك التزوج والتسري اللذين جعلوا اشتراطهما
من الشرط المحرم كما في النص ايضا وبين ترك المباحات المتفق على جواز اشتراطها فعلا او تركا
وهو في غاية الغموض والاشكال والحاصل ان في المقام اشكالين احدهما ان فائدة الشرط
الالتزام بما ليس بواجب فلا بد من تحريم الحلال ان تعلق بتركه وتحليل الحرام ان تعلق بفعله

الا ان الاستثناء وتقييدها [illegible]

[illegible]

حيث يترتب عليه علم جواز ترك ما كان فعله واجبا بل اوثانيهما المفرق بين المسئلة المذكورة وامثالها من الفروع الخلافية والوفاقية مع علم المغايرة بين مورد الخلاف ومحال الوفاق وذلك يحسم
ذلك الاشكال الاول بان الشرط ان تعلق بترك المباح الذي علم ثبوت الاباحة له من جميع
الجهات وجميع العناوين التي تعرضها من الخارج بناء وحلف وامر من يجب اطاعته كالوالد
والسيد كالحرام فان ادلة المحرمات على الباطل من هذا القبيل ولا يتغير بعروض شيء من العناوين
الخارجية فهذا من الشرط المحرم الباطل ~~تعلق بما ولد والسيد كالحرام فان ادلة المحرمات من~~
~~هذا القبيل ولا يتغير بعروض شيء~~ وان تعلق بما هو مباح في نفسه مع قطع النظر عن العناوين
الخارجية الثانوية كشرب الماء وترك الوطي في وقت دون وقت فهذا من الشرط الذي
وجب الوفاء به وليس من الشرط المحرم وحسم الاشكال الثاني بان الموارد التي ورد النص
وانعقد اجماع على عدم لزومه بالشرط فهذا يكشف عن كون ذلك المباح من القسم الاول
والا فلا مانع من دخوله تحت الشرط فعلا او تركا والامثلة المنقوض بها من هذا القبيل
قلت اما ما افاده في حسم الاول فهو سديد جدا لكنه غير مفيد اما اولا فلامكان دعوى
كون جميع المباحات من القسم الثاني وان كل مباح مباح مع قطع النظر عن العناوين الثانوية
التي تعرضها لان وجوب اطاعة الوالدين والمولى والوجوب المقدمي ونحوها لا اظن
اختصاصها بمباح دون مباح ولا ان قال به احد بل الظاهر اتفاق اهل التحسين والتقبيح
على اختلاف ما عدا الوجوب والحرمة من الاحكام بالوجوه والاعتبار بل الظاهر الاتفاق على
اختلاف فيهما ايضا فيما اذا كانا شرعيين بل الظاهر انه لا خلاف في نفي جواز الشرب والنكاح ونحوهما
مما لا يؤتى فيه الشرط في سائر اللزمات من الشرط الا ان يكون الحلال في اباحتها اضافيا بالنسبة
الى خصوص الشرط وهو حسن لكن لا ينفع في فهم معنى الاستثناء والمستثنى منه كما لا يخفى
واما ثانيا فلان غير الفقيه في المباحات استفادة المطلقة وعدمها ليس له طريق الى النظر
الى ادلتها وادلة المباحات ساكتة من هذه الجهة الا من حيث الاطلاق القاضي بالوجه
الاول فاذا لوحظ الاطلاق لم يبق للمستثنى منه اعني وجوب الوفاء بالشروط محل وان لم يلاحظ
لم يبق

سرانه للاصو
قواعد

٧٣ لم يبق للمستثنى محل فاي فائدة لما استفاض به الاخبار من امضاء الشروط من سوى ما كان
محللا لحرام او محرما لحلال واما ثانيا فلان مورد النهي من غير جهة الاطلاق لو وجد ففي غاية الندرة
والشذوذ فلا يصلح لتنزيل القاعدة المستفيضة نصا وفتوى عليه وقد اعترف قدس سره ببعض
ما ذكرناه هنا لدفع الاشكال وجعله اشكالا في الضابط المذكور من جانب تحريم الحلال
دون العكس قلت نعم لم يجعل من الشواهد على تفسير المختار السالم عن الاشكال من راس نعم
يرد عليه ان مقتضاه دخول الشروط المتعلقة بالمباحات فعلا او تركا تحت الشروط
السائغة مطلقا مع ان بعض صوره مما جعلوه من المحرم للحلال كاشتراط عدم الانتفاع
بماله اصلا كما عرفت يمكن لكن توجيهه ونظايره من موارد الشهرة او الاجماع بان الالتزام
بشيء فعلا او تركا بالشرط قد يكون مفاده عرفا الالتزام بالحكم فلا فرق بين شرط كون
كون ماله حراما عليه او شرط عدم الانتفاع به اصلا كما في المال عرفا وشرط ذلك مثل شرط عدم
التزويج والتسري فان مفادهما بقرينة مقام الاشتراط وملاحظة غرض المؤمنة المرأة الشارطة
حرمة الفعلين على الناكح على وجه يترتب عليه الفساد لو تزوج او تسرى كما يأتي توضيحه انشاء
في الفروع ومثله ايضا شرط الفعل او الترك في المباح الذي كان اباحته
من اثار الوضع لجواز بيع المبيع فان شرطه خلاف مفاده العرفي التمليك بينه وبين
الحكم الوضعي بسبب ويجرده وسياتي مزيد توضيح لذلك في الفروع ومن بعضها
علام اختيار هذا الوجه الاخير في وضع في رفع الاشكال في المقام وهو ان الشروط
الصحيحة ما يتعلق بالمباح الذي استفيد اباحته من الوضع وجعل اشتراط خلافه من
الشروط الفاسدة ومقتضاه الفرق بين شرط بيع غلام قال الجمع الذي ترتب على
صحة البيع وكذا الفرق بين المنع عن بعض الانتفاعات والمنع من الجميع بمنع الثاني
وتجويز الاول فان الفرق بين الفقيه في الموضعين لا وجه له سوى ما ذكرنا من ان
مفاد الشرط عرفا في الفقيه الاخيرين تغيير اصل الحكم الشرعي وبما ذكرنا يظهر النظر فيما
في ~~الفقيه الاخيرين~~ ذكره قدس سره في حسم الاشكال الثاني فان الفرق بين مورد المنع ومورد

من التحقيق والذي ...
كلام والد الذي ... جواز ...
السلطنة ... والد العيوب ...
مع المبيع

الجواز بما ذكرنا اصطلاحه لان كون المباح من جميع الوجوه او مباحا في نفسه مع قطع النظر
عن الامور الخارجية ليس له شاهد في النقل والاثر ومرجع [illegible] ذلك بل هو شيء
عليل ذا قراح بلا دليل بل ينبغي ان يكون المنوي بالمذكور مرجعا ويجعل ما يستفاد منه
مرادا ويرجع اليه هذا البل خبر لا من الاخبار ولو بعونه تا دليل في الجملة لا امر حي ما في الكتاب
وادخل في فصل الخطاب وما عداه لا يخلوا من اجمال وقد عرفت ان نفي ان الشرط الباطل
ما هو يوجب تغيير حكم شرعي الى ضده او حدوث حكم جديد غير ثابت في كتاب مبين واما
ما يتعلق بفعل مباح وتركه فلينظر فان كان مفاده حرمة احد الامرين كان باطلا كبعض
الامثلة المذكورة وكذا الاصحاب موافقا للكتاب فان ثبت مع ذلك فساده كان هذا
مميزا ان الصحة كما عرفت في اول المسئلة واهل شيء في المطابق ما سلكه صاحب الحدائق
حيث قال في الفرع الاول من الفروع الاتية بعد نقل الخلاف والادلة والذي قدمناه
من التحقيق في هذا المقام هو انه لما كانت الاخبار مختلفة في ذلك كان الواجب الوقوف
على ما دلت عليه من غير ان يكون قاعدة يبني عليها كما ذكروه وما لم يرد فيه خبر يخص المتوقف
في الحكم فيه انتهى فما هو انكار القاعدة راسا والخروج عما اتفقوا عليه وان اخطئوا في
بعض فروعه وعدل كما تابعه في الكتاب المذكور من مخالفة الجمهور في الاصول والقواعد
فلا وجه له سوى استصحاب تطبيق بعض الفروع فلنذكر جملة من فروع الباب بنصوصه
وتعيرها توضيحا للمرام واستكمالا للتنقيح المقام منها اشتراط عدم التسري والتزويج
في النكاح فانه باطل اتفاقا فيما حكيا عن كاشف اللثام خلافا للمنقول عن العامة واستدلوا
عليه بان شرط مخالف للمشروع ويشكل ذلك بانهما فعلان سائغان مع ان في غير واحد
من الاخبار التصريح بانه امر مشروع ورد في اشتراطها بالبلاد ويمكن ان يجاب عنها
اولا بما ذكرنا من ان اشتراط عدم التسري والتزويج في عقد النكاح ظاهر بشهادة
المقال في احد الامرين كل منهما غير مشروع احدهما تغيير الحكم الشرعي وتبديل
اباحتهما الى التحريم والفساد ثانيهما تعليق بناء النكاح على الوفاء بهما الشرطين و

ويجب

٢٥ ويقرب احد الاحتمالين قرائن التعليق في كلمات الفقهاء ينبني للمفعول ويشهد
له ان غرض المرئة في مثل هذا الشرط ان يكون لها في عقد النكاح اما في نكاح نفسها
كما هو مقتضى الاحتمال الثاني او نكاح ضرتها التي يريد تحريمها الاجرية [illegible] التزوج الذي
لا يؤثر في عقد نفسها ولا في نكاح ضرتها واحرى بما تقدم من الاستاد فلا من ان
التسري والتزويج من المباحات التي علمنا من الروايات عدم تغيير حكمها بالعنا و[illegible]
نصها رواية زرارة عن الصادق ع في ضرب الذي عنده بنت اخيه حمران ابن اعين حيث
نص ع على عدم وجوب نذره وانه ليس بشيء ولكن يمكن المناقشة فيه بان مقتضاه ان لا
يعرضه الوجوب العقدي ايضا ولا وجوب طاعة الوالدين وهو مشكل بل الظاهر من ظاهر
من غير خلاف وبعد فرض انه لا مانع من اختصاص عدم التغيير بوجه دون وجه وهذا
مما لا يتغير حكمها بالشرط اعني الالتزام المجعول سواء كان في ضمن العقد او في ضمن النذر
ومن ذلك يحمل الاخبار المجوزة على التقية كما عن الاستبصار او على الفرق بين النذر والشرط
في ضمن العقد كما عن [illegible] والاول اولى لما في الثاني من الخروج عن المتفق عليه
اعني بطلان الاشتراط والاولى من الجوابين الالتزام بالتخصيص فيما دل على صحة الشروط
السابقة واخراج التعليل مخرج التقية كما مر في اول المسئلة ولا ينافيه التقية في نفس
الحكم في الاخبار المطروحة على ما عن التهذيبين لان المقام مختلفة بحسب المتكلم
خصوصا مع مراعات مقتضى الحال فان اقتضى التقية اظهارها والباطل في نفس الحكم
وجب مراعاتها واذا اقتضى اظهاره في دليل وجب الاقتصار عليه لان الضرورة تقدر
بقدرها ومنها شرط رقية الولد في تزويج الامة الحرفيه فيكان مشهورا ان نقلا بين من
تقدم عن الصدوق تاخروا الاقرب قول المتاخرين وهو الفساد لمنافي المستفيضة من
تبعية الولد في الحرية لاشرف الابوين منها قول الصادق ع في بعض روايات جميل ابن دراج
الولد اذا كان احد ابويه حرا وهذا الظاهر من قوله ع في [illegible] اذا تزوج العبد حرة فولده
احرار ومن سائر ما في الباب من الاخبار اذ لا يظهر لها مع عدم تاثير الاسباب في الرقية

التى ينفى الشرط الا من جهة الاطلاق فى خلاف قوله ع لبس يسترق فانه كالصريح فى عدم
تاثيرها فافهم نعم يكون المرقية داخلا فى الشرط الحلال والمحرم بالمعنى الذى ذكرنا خلافا
لبعض مشايخنا قدس الله ارواحهم مع موافقته لنا فى تفسير الشرط الحلال والمحرم وكونه
عبارة عن كل شرط مشروع وعمدة ما اعتمد عليه بعد الشهرة بين القدماء الحجة فانه لم
يوجد مثله فى الصحة فضلا عن المخالف قبل التمسك الى ان الولد يلحق بالوالدين وتابع لهما
فى الحرية والعبودية وبين فى العبد كونه من نماء ملك المالك وفايدة شرط الرقية انما
هى منع التبعية فى جانب الحر وينبغى كونه نماء الاملاك والا لم يصح شرط الاختصاص
المتولد بين العبدين ايضا وهو مخالف للاتفاق من عدم الاشكال فى تقصى عنه بان حرية
الولد مع الاطلاق من جهة قاعدة السراية والتغليب فى العتق لا من جهة كون الولد
مع حرية الابوين حرا محضا ليس قابلا للاسترقاق لما اقتضى العقد شركة الحر والعبد فى
ولدها نظرا الى اقتضاء عقد النكاح تبعية الولد حكم الشارع بالحرية لا الحكم بكونه
الحرية حرا ذاتيا لا يجوز استرقاقه وهذا منه فلا بعد تسليم جواز حدوث صفة الملكية
بالشرط وله قبل ذلك كلام اخر فى تحريره قال لان شرط المناهج لا مانع منه والا لم يصح اشتراط
الحرية ايضا على مذهب الاسكافى القائل برقية الولد مع عدم الشرط وهو باطل بالنص
والاجماع وحيث ان مقتضى المتوكل بتاثير الشرط فى حدوث صفة الملكية جواز احداثها
بالشرط فى ولد الحرين ايضا تقصى عنه بان معنى اشتراط الرقية وفائدته مجرد سلب التبعية
الحكمية اقتضاها عقد النكاح وصحة الشرط بهذا المعنى لا يوجب حدوث الرقية فى الولد
بل لا بد لها من سبب مفقود فى ولد الحرين بخلافه فى ولد العبدين او عبد وحر فان
قاعدة تبعية النماء قاضية فيهما بالرقية هذه عمدة ما نظر اليه فى المسألة واستند على
مختاره ايضا مع ذلك بالاخبار الواردة فى ان الولد يتبع احد الابوين فى الوقية الذى
اعتمد عليه الاسكافى بفساد الكل ومقابلة اخبار اخرى معمول بها ناطقة بخلافها وانه
يتبع احد الابوين اشرفهما فى الحرية كما عرفت قال ان المشهور مرجح لهذه الاخبار

فصورة

فى صورة الاشتراط كما ان الاخبار الدالة على الحرية يرجح عليها بالشهرة فى صورة عدم الا
شتراط وجعل ما استدل به المتاخرون على فساد هذا الشرط من كونه مخالفا للكتاب
ومحللا للحرام اجتهادات فى مقابل النص قلت العمدة فى الباب اثبات كون شرط الرقية
مع حرية احد الابوين من الشروط السائغة المشروعة واما سايرها افاده فى المقام فلا يشفى
العليل ولا يروى الغليل على نقده بكونه من الشروط المشروعة الباطلة والعمدة فى استفادته
النظر فى الروايات والتامل فى مدلولها وكل احد اذا تكلم بلسان الانصاف وتنحى عن
طرق الاعتساف عرف ان معنى قوله ع لا يسترق الولد اذا كان احد ابويه حرا ليس
الا بيان الحكم الشرعى الاولى دون الذى حمله عليه من الحكم بالرقية التغليب فلا
مناص عن كون الزام كون هذا الشرط من الشروط المشروعة التى يقول بفسادها وفاقا
للكل وبعد ثبوت ذلك لا يتبع النماء للملك وجعل شرط الرقية راجعا الى اشتراط
استحقاق نماء ملك المالك لان مقتضاه خروج الولد عن نماء ملكه اذا كان احد
ابويه حرا فهل هذا الا المصادرة واما الاستدلال عليه بالروايات على الوجه الذى مر
فلا يندرج تحت شىء من القواعد اللهم الا ان يكون غرضه الجمع بين الروايات بحمل
كل منها على بعض الصور وانت خبير بان مثل هذا الجمع الذى لا شاهد له ليس بشىء يعول عليه
فلا بل مقتضى القاعدة بعد تعارضها الرجوع الى اصالة البراءة واصالة البراءة واصالة
الفساد لعدم احراز صلاحية رقية الولد مع حرية احد الابوين للاشتراط او دعوى ان
المرجع بعد الشك هو العمومات وجوب الوفاء بالشروط للشك فى خروجه من العموم
ممنوعة لما مر من دلالة الاخبار على التنويع وتاسيس قاعدة يطبق للصحة والفساد اعنى كل
شرط موافق للكتاب صحيح وكل شرط مخالف له باطل فاذا شك فى الموافقة والمخالفة
وجب الرجوع الى الاصول ثم بنا على ما هو ظاهر الجل اذا لكل من الخصار مدلول
الاخبار فى ضابطة الفساد يجب الرجوع الى عموم وجوب الوفاء بالشرط لدوران المخصص
امنى مخالفة الكتاب بين الاقل والاكثر معتقبا لان هذه القاعدة لا تجرى فى المخصص

المتقدم كالاستثناء بل الاجمال فيه بسبب اجمال العام اذ يقال ان الشبهة هنا مصداقية اذ لا اشكال في مفهوم المخصص هنا اعني المخالف للمشروع وانما الاشكال في صدقه على ما نحن فيه فلا يرجع الى العام ايضا بل الى الاصول والاولى ما ذكرنا لك في هذين من التامل بل المنع اما الاول فلعدم اختصاص عمومات الوفاء بما تعقبه الاستثناء واما الثاني فلان الشبهة المصداقية التي لا يرجع فيها الى العام على التحقيق عندنا ما كان سبب الشبهة امرا خارجيا لا اشتباه الحكم الشرعي وتمام الكلام موكول الى غير المقام وكيف كان فالاقرب عندنا ما عليه المتأخرون من الفساد لان الاخبار الظاهرة في رغبة الولد مهجورة مع كونها لا تحمل الا من لا يزيد عليه الا انعقاد فلا ينهض معارضا للمستفيضة الظاهرة في عدم التوارث عنه حتى يحكم بالتعارض وعلى فرضه وجب الاخذ بما دل على العدم ترجيحا بالشهرة وغيرها كما لا يخفى ثم على القول بالصحة ليس هذا مبنيا على تخصيص قاعدة الفساد لما عرفت من اباءها عن ذلك بل هو مبني على التخصيص بالتقريب الذي عرفت ويظهره مما يخرج به كون هذا الشرط من كونه مشرعا لان الاجتهاد في مقابل النص قبيح كما ذكره قده اشتراط التوارث في عقد المتعة نفسه ايضا فيه قولان مشهوران نقلا بين القدماء والمتأخرين بالجواز والمنع والاول لصحيحة محمد بن مسلم وصحيحة البزنطي المرجحتين في المدعى ومقابلهما اخبار تدل على ان عقد المتعة لا يقتضي الميراث او اخبار تدل على انه يقتضيه اذا لم يشترط سقوط الميراث واخبار تدل على عدمه بحكم شرطها او لم يشترط لكنها قاصرة عن معارضتها اما الاول فلانه واضح اذ الاول عام شاذ لا يلتفت اليه وان عمل به ابن ابي عقيل واما الثاني فالقصوره لانه خبران احدهما موثق والاخر مرسل مضافا الى اعتضاد الاولين بعموم المؤمنون ودعوى دخول هذا الشرط تحت الشروط المخالفة للكتاب ممنوعة لان المنقطعة زوجة وميراث الزوجة في الجملة مذكور في الكتاب غايته الامر خروج المتعة عن عموم ايه الارث بالاخبار التي دلت على خروجها في حال عدم الاشتراط فيها فهو من الشروط الموافقة لعموم الكتاب من غير ان يكون هناك دليل مخرج ومن هنا
يظهر الفرق

79 يظهر الفرق بين شرط ارث الاجنبي في عقد النكاح او عقد اخر وشرط ارث المتعة في عقدها لان شرط الارث في الاول في تشريع لارث غير وارث ليس في كتاب الله لا خلاف في انه ظاهرا بخلاف الثاني فانه مذكور في كتاب الله غاية الامر تقييد ثبوت الارث بالشرط دون الزوجية الا الزام بخروج المتعة عن اية الارث فيلزم ان يكون الشرط مشرعا ما ليس بمشروع حيث ان المراد بالزوجة غير المتمتع بها في الاية فتكون هي كالاجنبية في عدم كونها وارثة وثبوت ارثها بالشرط قلت هذه شبهة عرضت لبعض مشايخنا قده ذهب لاجلها الى خيرة المتأخرين عكس المسألة السابقة لكنها مندفعة بما ذكرنا من ان الارث هنا انما هو من جهة الزوجية لا من جهة الشرط وانما فائدته تحقيق موضوع الوارث وهي المتمتع بها في حال الاشتراط فان قلت ان مقتضى ما ذكرت ان يصح شرط ارثها في غير عقدها ضرورة كونها زوجة وكون ارثها في حال الشرط موافقا للكتاب المجيد ظاهر الصحيحين او القدر المتيقن منهما صحة اشتراط ارثها في عقدها فيبقى ارثها في غير تلك الحالة مخالفا لحكم الكتاب مطلقا ولو اشترط في ضمن عقد اخر وما ذكرنا ظاهر ايضا كما هو المتبادر من شرط التوارث والاخبار ان الصحيح انما هو شرط التوارث لا ارثه خاصة او ارثها كلها وكذا اشتراط الاقل من النصيب او الاكثر فان الارث من هذه الوجوه واشباهها ليس من الارث المقرر للزوجات في الكتاب بل تشريع جديد لا يؤثر فيه الشرط فما اورده بعض مشايخنا قده على المجوزين من ان مقتضى مذهبكم الرجوع في كيفية الارث المشروط الى ما اشترط في العقد لانه ثبت من الشرط لا من احد اسباب الارث المذكورة في كتاب الله ليس بوارد كما ظهر ايضا اندفاع اشكال الاستاد العلامة رفع الله مقامه في الفرق بين شرط الاجنبي وارتضاءه بشرط ارثها في عقدها وفي عقد اخر ضرورة خروج ارث الاجنبي وكذا ارثها بالعقد المجرد عن الشرط من كتاب الله بخلاف ارثها بالعقد المشروط فيه الارث كما عرفت والله العالم وهنا فروع اخر متشابهة صعبة الفرق بينها داخلة في فروع الشروط النافية لمقتضى العقد والانسب ان نذكرها في محلها المقام الثاني الشروط النافية لمقتضى العقد وقد عرفت

امّا لا اشكال في كونه فاسداً لكونه مخالفاً للكتاب محللاً للحرام او محرماً للحلال بالمعنى
المتقدم وان لم يصرح به جملة من الفقهاء بل اقتصروا على المخالف للكتاب وكونه غير سائغ
في الشرع منهم المص في الكتاب لكن صرح به غير واحد منهم السيد في محكي الغنية نافياً للخلاف
فيه فان من الشروط الفاسدة اشتراط ما ينافي مقتضى العقد مثل ان لا يقبض المبيع ولا
ينتفع به والمفسرون على مخالفة الكتاب ايضاً تعرضوا للشروط لا عيب فيها سوى المنافات
لمقتضى العقد وان كان غير واضح في كثير وهو على قسمين احدهما ما لا يتصور معه قصد
انشاء مدلول العقد مثل شرط عدم تملك المبيع او المنفعة في عقد البيع والاجارة (والثاني)
ما ليس كذلك لا اشكال في فساد القسمين معاً وان كان الفساد في الاول اوضح لانتفاء القصد
الذي هو شرط في صحة العقد فضلاً عن شرطه فلا حاجة الى الاستدلال على فساد هذا
القسم بكونه مخالفاً للكتاب كما لا اشكال ظاهراً في كونه مفسداً للعقد ايضاً كما يأتي وانما الا
شكال والغموض بحيث اعترف به اساتيد الفن كالمحقق والشهيد الثانيين وغيرهما (و) منهم
الاستاد قده في تمييز المنافي عن غيره من الاثار التي يترتب على العقد نعم عن جماعة ان ضابطة
المنافي كل ما يقتضي عدم ترتب الاثر الذي جعل الشارع العقد من حيث هو هو يقتضيه
ورتبه والمعروف ان كل ما تقتضيه ماهية العقد فعدمه مناف لمقتضى العقد وكل ما لا
يقتضيه ماهية العقد فعدمه ينافي مقتضى العقد وكل ما لا يقتضيه الا اطلاقه اى
المجرد من الشرط فعدمه غير مناف لمقتضاه لان مقتضى الشيء واثره ما كان ثابتاً له في
ضمن اى نوع او فرد منه فما كان ثابتاً لخصوص بعض انواع العقد وهو المطلق فهو ليس
من مقتضى جنسه بل من مقتضيات ذلك النوع المفروض وهذا اختيار المحقق وغيره من المجوزين
لشرط الضمان مستدلين بانه ينافي مقتضى العقد اى ماهيته وانما ينافي مقتضى العقد
المجرد عن الشرط كالمحقق جمال الدين ومن وافقه وسبقه ويظهر من بعض مشايخنا ان
مناط المنافات عود الشرط الى المشروط بالنقض بمعنى ما كان مفاده مناقضاً لمفاد
العقد كالمثال المتقدم وفيما عداه حكم بالصحة لو لم يكن اجماع وقال المحقق (ثاني)

بعد ايراد

بعد ايراد جملة من الاشكال الفرق بين موارد الصحة وان المرجع في تمييز المنافي في المهية 81
عن غيرها هو نظر الفقيه وقال الاستاد العلامة رفع الله مقامه ان مقتضى العقد ما يطلق ذكره
عرفاً وشرعاً بحيث لا يتحقق تصور القصد مع شرط خلافه كشرط عدم التملك في البيع
وعدم الضمان في عقده وهذا واضح لا سترة عليه واما ما عداه فلا بد من ملاحظة
الدليل الذي دل على ثبوته للعقد فاما ان يدل على ثبوته مطلقاً واما ان يدل على ثبوته في نفسه
مع قطع النظر عن المقارن والعوارض الخارجية فان كان من الاول فعدمه مناف لمقتضى
العقد بمقتضى اطلاق دليله وما كان من الثاني فليس عدمه منافياً لمقتضاه انتهى وهذا
وهذا امر فده نظير الضابط الذي ذكره في تمييز المباحات التي لا تؤثر فيه وفي الكل اشكال
ونظر اما الاول فلانه منقوض كما اعترف به المحقق الثاني وغيره بمثل شرط عدم البيع وعدم
الهبة الذي ذهب الاكثر الى فساده مع ان الغرض من تشريع البيع ليس البيع وان ترتب
عليه ذلك وامثاله (ثاني) فهو علاج للفاسد بالافسد وحل المشكل بالاشكل لان التمييز
بين المنافي بمقتضى الماهية ومقتضى النوع اى المطلق هو الباعث على التردد والتحير في
الفروع ولذا احال المحقق الثاني الى نظر الفقيه معترفاً بانه غير منضبط ولا محدود مع
ان فيه مطالبة الدور حيث يتوقف صحة الاشتراط على تأثير الشرط فافهم وتأمل جداً واما الثاني
فموجونه على مخالفة الاصحاب لانهم باعترافه قده لا يجوزون ما جوزه ولا يقولون
بما قال فكيف يمكن القول بصحة شرط عدم البيع والهبة وان ورد بها النص الصحيح في
قبال الجل بل الكل الا بعض من جوزها احتمالاً على وجه اعتماداً على بعض فتاوى
العلامة كما ستعرف انتهى نعم ومما ذكرنا ظهر ما في مقالة المحقق الثاني واحالته
الى نظر الفقيه لانه ليس شيئاً حاسماً للاشكال بل اعتراف بعدم تحصيله واما الاخير الذي
افاده قده ففيه الاشكال المتقدم في الشرط المحرم للحلال ويزاد وهو ان المشتري كما
انه مسلط على عتق المبيع فكذلك هو مسلط على عدمه ومن اين استفيد ان المسلط على
العتق لا يتغير بالشرط لكونه لازماً لماهية العقد ومن بناء عليها لو اشترط خلافه

وانا سلطنته على عدمه فليعتبر لكونه من آثار العقد المجرد من القيد فيجوز اشتراط خلافه نعم
والتحقيق ان تنافي مقتضى العقد ليست من اسباب بطلان الشرط بالاستقلال
كما تقدم الاشارة اليه بل من جهة كونه مخالفا للكتاب فكل حكم من احكام العقد لا يجوز
تغيره بالشرط لذلك الا اذا ثبت الجواز بدليل يكشف عن كونه من احكام الاطلاق دون
الهيئة ومرجعه الى الضابط المعروف الذي اعترف به المحقق الثاني وعن غير واحد انه
الاشباه والاشكال في الفروع لا يحتاج احاله الى نظر الفقيه لا الى النظر الى دليل ذلك
الحكم في كونه دالا على ثبوته له او ملكه بل يحكم مطردا بالبطلان عكس قولهم بعض مشايخنا الا ان
يرد النص بالصحة فيكشف عن عدم كونه لازما للهيئة والى هذا ينظر ما نقلنا سابقا عن المحقق
والشهيد الثانيين من تجويز شرط عدم اخراج الزوجة عن البلد كما هو المنصوص وتجويز
شرط عدم الوطي في نكاح المتعة بخلاف شرط عدم الاخراج من المنزل وعدم التقبيل
ونحوه من مقدمات الجماع اقتصارا على مورد النص ولذا كثر موارد الاشكال وا
الاشتباه او لا نرى نتيجة رفعه مستعينا بالله تعالى منها اشتراط عدم البيع والهبة والمراد
صحيحا جوازهما الا المبارث لان كل شرط مخالف الكتاب باطل ولكن المش بطلانه بل عن كشف
الرموز انه لم يوجد عامل بها وعن الدلالة كثرة الاشكال في البطلان ومن النافع انه يظهر
التأمل في ذلك ومن الايضاح النافع ان الجواز غير بعيد وعن الرياض الميل الى الصحة
قلت مقتضى ما عرفت من القاعدة قول الاكثر لان مقتضى البيع سلطنة المشتري على
التصرف في المبيع بما يشاء فالاشكال في وجه عدم العمل بها مع ان مخالفتهما لمقتضى العقد
ليس باوضح من مخالفة شرط عدم الوطي في النكاح خصوصا في الدائم الذي جوزه الكثير
او الاكثر اعتمادا على النص فلو لم يكن اجماع كان البحث الصحة للنص لا للقاعدة كما يقتضيه
ما تقدم عن بعض مشايخنا ونظيره التوقف في اشتراط عدم العتق او الصدقة ونحوهما
فعلى طريقتنا لا يجوز وعلى طريقته يجوز وقد صرح في المسالك بعدم صحة عدم العتق
مرسلا ارسال المسلمات مع عدم النص فليس هذا الا لما ذكرنا من ان كل ما يترتب على

العقد شرعا

العقد شرعا لا يجوز اشتراط ما ينافيه لكن يبقى الاشكال الذي اورده في المسالك
من ان مقتضاه عدم جواز اشتراط سقوط خيار الحيوان او المجلس ونحو ذلك والا عدم
الانتفاع على صحتها قلت ان كان اجماع كما نقل فلا اشكال العمدة ما ذكره بعد ذلك
من ان كل ما صح اشتراطه فليس منافيا لمقتضى العقد اراد به ان من لم يمكن كون عدمه باطلا
بيان كما الش فهو عبارة عن التنقيض لما ذكرناه بعد النقض وعبارة الش لا تأبى ذلك
لان كل ما صح اشتراطه فليس منافيا للكتاب قلت كما انه ليس منافيا للكتاب ليس منافيا
لمقتضى العقد ايضا لان دليل الصحة يكشف عن عدم كونه من لوازم الهيئة بل من لوازم الا
الاطلاق وهذا جيد الا انه انما ينفع لو كان صحة الشرطين ونحوهما من موارد النص من
نص كشرط عدم الوطي والاخراج عن البلد في النكاح على المش وهو غير ظاهر بل الظ انطباق
الصحة فيهما على القاعدة وبذلك اشكل ما ذكرناه وما ذكروا من الضابط او الضابط الا
الا ان يمنع من صحة الثاني اذ لا يبعد بطلانه واي فرق بين شرط عدم الهبة وشرط عدم
الانتفاع زمانا فكيف يمكن دعوى الاجماع على صحته مع ذهاب الكل والجل على فساد
شرط عدم الهبة واما الاول اعني سقوط الخيار فما دل على سقوط الخيار بالاسقاط
من الاجماع والنص على سقوطه بالتصرف معللا بانه رضاء من ذي الخيار فلا اشكال
كما عرفت في نظائره ومنها شرط المشتري عدم الخسارة عليه ولو باع ما اشتراه او ما غصبه
غاصب ضمنه البائع اذا تلف كان عليه عوض ضمنه فانها باطلة بلا خلاف اجده لكن لا
يحتاج ذكرها في الشرط المنافي لمقتضى العقد بل هو من الشروط المخالفة للكتاب لكونها
مشروعة بالبس ومنها شرط عدم العتق وعدم الوطي في بيع الامة فانهما فاسدان
بلا خلاف بين الكل والجل لمنافاتهما لمقتضى العقد واما شرط عدم الوطي في
النكاح مطلقا او في خصوص الدائم ففيهما مذهب لهم والشهيد الثاني وجماعة الصحة
في الدائم والمنقطع وبطل من بعض الاشم حيث قال ان ضعف ما دل عليه من الرواية
منجبر بالشهرة لكن الظ عدم الشهرة كلية بل هي في خصوص المنقطع لان في المسالك

انوا الاربعة للنصوص الواردة وهذا ايضا يؤيد ما قلناه في المقام حيث جعلنا الاصل
الفساد الا ان يثبت خلافه والا فالوطي كما انه من مقتضيات البيع كذلك من مقتضيات النكاح
بل هو الغرض الباعث فيه خصوصا الدائم المقصود منه النسل وفاقا للمحكي عن المبسوط
والمختلف والايضاح وجامع المقاصد وغيرهم اختصاصها بالمنقطع لان ما دل عليه من
من الروايتين ليس بظاهر الشمول للدائم بكان بعض ما يوهم العموم في بعضها حيث
حملت المرئة المشترطة لعدم الافتضاض بخوف الفضيحة مضافا الى كون هذا الشرط
اي شرط عدم الافتضاض الذي هو ازالة البكارة خلاف ما هو المتعارف في الدائم وا
المرجع هو الاصل الذي اصلناه من الفساد لنا فانه مقتضى العقد وتمام الكلام
في محله ومنها اشتراط عدم التقبيل ونحوه من مقدمات الوطي ففيه اشكال وخلاف
من مراعاة القاعدة لكونه مخالفا لمقتضى العقد ومن الالحاق بالوطي والاصح هو الاول
لما عرفت ومنها اشتراط عدم الاخراج عن البلد ففيه خلاف والاصح الجواز للاخبار
الواردة فيه واعرض عن ظاهرها غير واحد منهم المحقق الثاني فحملوها على الاستحباب
لكونه منافيا لمقتضى العقد والجواب ما عرفت ومنها ما عرفت ومنها اشتراط عدم الاخراج
عن المنزل ففيه خلاف على القول بصحة شرط عدم الاخراج عن البلد فعن الشهيد الحاقه بالبلد
البلد وعن المحقق الثاني وعن الشهيد الثاني الترديد والاصح عدم الالحاق ومنها
شرط كون الطلاق والجماع بيد المرئة والاخبار فيه مختلفة فيها غير واحد من الاخبار
ومنها رواية محمد ابن قيس على نفوذ هذا الشرط وفي غيرها حد المنع معللا بانه كيف يكون
ذلك وقد قال الله نعم الرجال قوامون على النساء وفي بعض الاخبار المانعة تعليق
سلطنة المرئة على الطلاق على التزويج والتسري فجمع الاستاد العلامة رفع الله مقامه
بحمل الاخبار المانعة على حصول الطلاق بمجرد التسري او التزويج والمجوزة على سلطنتها على
الطلاق عند التسري او التزويج معترفا ببعده وهو كذلك لان التعليق على الفعلين انما
في اخر المسئلة بعد تعارض الاخبار نعم لو شرط الوكالة في الطلاق لها او لاجنبي صح
الشرط

في بعض النسخ شرط ...
الشرط وان كان من شروط النتيجة لان الوكالة ليس سببها الخاص توقيفي شرعي والثمرة هنا عدم
الانعزال والظاهر عدم الخلاف في النكاح بل عن المسالك انه متفق عليه والمراد هو ما
ذكرنا من شرط النتيجة او من شرط سلطنة المرئة دون الوكيل بل الظاهر جواز شرط الطلاق ا
لزوج لعدم الفرق بينه وبين شرط العتق ومنها شرط العتق فالمعروف الصحة وكذا
شرط الوقف على البايع وولده فضلا عن غيرهما وعن التذكرة ان هذا الشرط
مخالف لمقتضى العقد وانما جاز لبناء العتق على التغليب ومراده في شرط العتق
عن البايع انه يجوز عندنا خلافا فالثاني لانه شرط لا ينافي الكتاب والسنة فيجب
الجمع بين التغليب الا ان يكون الشرط المنافي لمقتضى العقد عنده غير راجع الى المنافي
لمقتضى القاعدة عنده غير راجع الى المنافي للكتاب وانهم دعواه عنده غير راجع اعم
الخلاف في الصحة بناء على ما في ظاهر قواعد من الفساد كما عن الدروس والروضة وكيف
كان فشرط العتق من حيث هو ليس مخالفا لمقتضى العقد ولا منافيا للكتاب ولا ما
نع منه مضافا الى الاجماع الذي لا اشكال معه في الصحة ولو كان منافيا لمقتضى العقد
بناء على ما عرفت غير مرة من ان قيام الدليل على الصحة دليل على عدم كونه من لوازم
الماهية بل من لوازم الاطلاق وكيف ولو صح ما ذكره من المنافات لمقتضى العقد كما عن
جماعة انهم صرحوا او ظاهرهم الاشكال في شرط الوقف بل الاشكال في شرط كل شيء في البيع وهو
كما ترى نعم يبقى الكلام في صحة اشتراطه مطلقا او معينا او كونه من المشتري نظرا الى انه لا عتق الا
في ملك وهو مسئلة اخرى اجنبية عن المقام تحقيقها في محلها ومنها شرط عدم كون
الخسران على احد الشريكين وكون الربح بينهما فعن المنع لكونه منافيا لمقتضى عقد
الشركة وعن الدروس الجواز للنص قال ولا نسلم ان تبعيته المال لازم لمطلق الشركة
بل الشركة المطلقة قلت اذا اراد ذلك مع قطع النظر عن النص ففيه ما عرفت
من ان الفرق بين لوازم العقود مما لا نص فيه بحكم وان اراد بعد النص فهو جيد
لكن مقتضى ذلك الاقتصار على الشركة في الحيوان للاختصاص النص به فما ذكره لا
نعم الدروس ...

بعد ذلك من التعدي الى غير الجارية من المبيعات لبني فعله ومنها شرط ضمان العين
المستأجرة في الاجارة الذي دخلنا في هذه المسألة لاجله فقد عرفت الخلاف فيه
كما عرفت ان الحق مع المش لان الاجارة تقتضي عدم ضمان العين المستأجرة فاشتراط
الضمان مناف لمقتضاه فيخالف الكتاب فيه عموم الجامعة كونه من لوازم مطلق الاجارة لا
الاجارة المطلقة لحكم من اين ثبت لهم هذا واي دليل دل عليه في مقابل اطلاق ما يدل
على كونه امانة والنقض بالعارية بعد النص والاجماع والاجماع قياس مع الفارق لان دليل
صحة هذا الشرط هناك يكشف عن كون عدم الضمان لازما للعارية المطلقة لا مطلقها
ومخصص لعموم ما دل على كونه لازما لها مطلقا كما عرفت في نظائرها وعليك بمراعاة ما ذكرناه في
سائر الفروع وجميع ما يرد عليك او لا يرد عليه من احكام العقود فان الاصل في اشتراط
خلافها الفساد لكونه شرطا منافيا لمقتضاه نظرا الى اطلاق دليل ذلك الحكم الا ان يقوم
نص او اجماع على صحته فيخرجه عن مقتضى المهية ويجعله من لوازم النوع ولو شككنا في مقام
فالاصل في صورة الشك او الخلاف الفساد هنا وفي الشرط المخالف للكتاب خلافا للمحقق
العلامة رفع الله مقامه فقال في الموضعين باصالة الصحة نظرا الى اصالة عدم المخالفة
للشرع او لمقتضى العقد فيبقى عموم ادلة وجوب الوفاء سليما عن المعارض قال و
مرجع هذا الاصل الى اصالة عدم مشروعية الحكم المشروط خلافه على وجه لا يتغير بالشرط
قال لكن هذا انما ينفع اذا لم يكن ظاهر دليل ذلك الحكم مشروعيته على وجه الاطلاق مثل
قوله ولد الحر لا يكون رقا فان ظاهره العموم والاطلاق لكن غالب ادلة الاحكام لا
تدل الا على ثبوتها للاشياء في حد انفسها مع قطع النظر عن الطوارى والعوارض الخارجية
انتهى ملخصا قلت اولا ان اصالة عدم مشروعية الحكم المشروط على وجه لا يتغير بالشرط
لا يثبت عدم مخالفة الشرط للشرع الا بحكم العرف والملازمة العرفية حيث ان منشأ
الشك في مخالفته للشرع هو الشك في ثبوت الحكم المشروط شرعا على وجه لا يتغير
بالشرط فاذا انتفينا بالاصل ثبت المدعى بالملازمة العرفية وهذا من الاصول المثبتة
التي

٦٢ التي لا نقول بها فتدبر نعم لو تمسك باصالة عدم المانع لهذا الشرط لكان اوجه وان كان
اصلا مثبتا ضرورة تعلق الغرض باتصاف هذا الشرط بعدم المانع وتفرعه على اصالة
عدم المانع الاولى ايضا اصل مثبت كما لا يخفى عن الخبير لكنها الواسطة هنا
خفية ونظايرها في الفقه ثابتة بالاتفاق كثيرا وثانيا انه قد عرفت فيما سبق ان
مجرد عدم المخالفة لا يكفي بل لا بد من احراز الموافقة للكتاب وشرعية ذلك المشروط
لان ظاهر الاخبار التشريع كما مر واما الاصحاب فهم ولو اقتصروا على منافية الشرط
الفاسد اعني المخالف لكن اراد ثم ماذكرنا من التشريع غير بعيد لانهم ذكروا ذلك
ذكروا انه يعتبر ان يكون الشرط سائغا معقودا والحاصل ان جعل مقتضى الاصل الصحة
يتوقف على عدم التشريع وقد ذكرنا سابقا بعض ما هو ظاهر فيه فان لم يرد الا كان مقتضى
الاصل الفساد ولم اجد في كلمات القوم تعرضا لذلك فالمسألة لا تخلو عن اشكال
اللهم الا ان يتمسك بعموم المؤمنون عند شروطهم لان الشبهة وان كانت مصداقية
خارجة عن مورد التمسك بالعمومات لكن منشأ الاشتباه هنا لا يرتفع الا من قبل
الشارع وكل شبهة تكون كذلك ينهض برفعها العموم وان كانت مصداقية كما تقرر
في محله والله العالم المقام الثالث في ان الشرط الفاسد في العقد هل يوجب
فساده ام لا قولان فعن الشيخ وابن الجنيد وابن البراج وابن سعيد
والعجلي عدم الافساد دون الفاضل وولده وجمل من تأخر مثل الشهيدين والمحقق
الثاني والعلبين وابن العباس والاردبيلي وصاحب الكفاية وصاحب المدارك الافساد وعن
ابي المكارم التفصيل بين المنافي لمقتضى العقد او منجز بين الشرط الغير المقدور
لعدم الافساد في الاولين والافساد في الثالث مدعيا الاجماع في الموضعين وعن
ابن المتوج التفصيل بين الشرط الغير المقدور فلا يفسد وغيره فيفسد واعلم ان فساد
الشرط له اسباب كثيرة قد يكون سبب الفساد سببا للافساد ايضا باعتبار كونه سببا
لفوات شرط من شروط صحة العقد او مانعا للعقد من التأثير والمقصود بالبحث

هنا فساد العقد بمجرد فساد الشرط بان يكون سببا مستقلا لفساده لان يكون
جامعا لامر يقتضي الفساد ولاجل ذلك يمكن ارجاع اقوال المفصلين الى احد الاطلاقين
فلنذكر المختار في نفس المسئلة اولا ثم ننبه على موارد اجتماع جهتي الفساد
والا فساد بسبب فقدان شرطا ووجود مانع وهي كثيرة بين واضح واوضح ومشكل
واما المختار فهو القول الاول ويدل عليه بعد العمومات واجماع الفقيه بناء على
خروج الشرط الغير المفسد عن محل النزاع ودخوله في المواضع المثبتة والبهائم باني بين
انه نعم غير واحد من الاخبار منها النبوي المذكور في اول المسئلة المروي عن طرق
العامة والخاصة صحيحا في قضية بريرة الدال على صحة البيع وصحة عتق عائشة المتفرع
على صحته مع اشتماله على شرط الولاء لغير المعتق الباطل به وبالاجماع لمخالفته
للكتاب ومنها رواية عبد الملك ابن عتبة سأل عن الرضا ع عن رجل ابتاع منه
طعاما على انه ليس منه على وضيعة هل يستقيم ذلك وما حد ذلك قال لا ينبغي
في كراهة هذه المعاملة دون الفساد وهو قرينة على كون اشتراط عدم الوضيعة
في ضمن العقد دون خارجه والا كان على تسميته واما في خارج العقد لا يقتضي
بكراهة المعاملة الا على القول بان البناء على الشرط ملزم مط ولو لم يذكر في ال
العقد لكنه غير قادح في الاستدلال لان اتم لعدم القول بالفصل في الشرط الغير
بين افساده فان فسد افسد مط ولو لم يذكر في العقد والا فلا وفيه تامل لان في
نفسه بالاطلاق الكاشف الفارق لكن ظهور الكلام في كون المشروط المذكور في ضمن
العقد غير محتاج الى ظهور معتبر ضرورة كونه مؤانفا المجهود على ما يقتضيه تركيب
الكلام من حيث تعلق الجار بالابتياع فيكون اصل الابتياع واقعا على الشرط الذي كو
والمراد شرط عدم الوضيعة كما هو ظاهر شرط عدم الخسارة لو باع المتاع ثانيا والاولى
حمل لا ينبغي على الارشاد دون الكراهة اذ لا معنى لكراهة العقد مط لفساد الشرط
وكونه لغوا فالمراد انه لا ينبغي ارتكاب هذا الشرط الباطل الذي لا ينفعه وارتكاب

العقد

العقد المشتمل عليه وعلى الاول لا يدل على صحة العقد وعلى الثاني يدل فافهم ومنها مرسلة جميل وصحيحة
الحلبي عن احدهما ع في الرجل يشتري الجارية ويشترط لاهلها ان لا يبيع ولا يهب ولا يورث قال
فضيلك انا اشترط لهم الا الميراث وجه الدلالة ان الامر بالوفاء بالاولين دون الثالث بمقتضى
التفصيل القاطع للشركة يدل بالالتزام على فساد البيع المشروط فيه من الامور الثلث الا ان الاستدلال
بها يتوقف على صحة الشرطين وهو باطل بلا خلاف معتد به كما مر واجاب عنه الاستاذ
العلامة رفع الله مقامه بان الامر بالوفاء ح يكون للاستحباب وهو يدل ايضا بالالتزام
على صحة البيع اذ مع الفساد لا معنى للوفاء اصلا لا وجوبا ولا استحبابا وانما استثناء الارث
فلا تدام فيه اذ لا معنى للوفاء به استحبابا مع ان تحقق الاجماع على بطلان الشرطين ممنوع كما
لا يخفى قلت وفيه نظر بين في صحة الاخير عن الحكم عن الشرط في الاماء لا تباع ولا توهب
فلك يجوز ذلك غير الميراث فانها تورث وكل شرط خالف كتاب الله فهو رد الخبر بل على بقاء
المبيع وعدم فساده بتمام اشتراط عدم الارث في العقد بل يستفاد منه قاعدة كلية في جميع الشروط
الفاسدة نظرا الى التعليل المذكور مع ظهوره في كون الامراد على نسق واحد من حيث عدم انفسا
فساد العقد وان عدت بمخالفة الكتاب لكن يرد عليها تامر في الصحيحة السابقة من مخالفة
مضمونها لما عليه الاصحاب كلا او جلا وان لم يبلغ الاجماع فانها كافية في سقوطها عن صلاحية
الاستدلال الا ان انا احمل على الاستحباب فال ان الاستناد فهو بعيد عن قوله الوارد في السابقة
فضيلك انا اشترط لهم وقوله ع في هذه يجوز ذلك لان صريح الاول اللزوم وصريح الثاني
الجواز الوضعي عن صحة الشرط وبعيد قوله ع وكل شرط خالف الكتاب فهو رد لانه ظاهر في علة
للمستثنى والمستثنى منه واردا على الاول خاصة تحكم محض بل منطوقه علة المستثنى و
مفهومه للمستثنى منه والله سؤال الراوي انما هو عن صحة هذه الشروط ولا معنى للجواب
باستحباب الوفاء بها من دون التعرض لما هو المقصود اعني الصحة فالاولى الاستشهاد بها على عدم
الا دلالة وبها كفاية حصر منا النبوي المستفيض ويؤيده ما ورد في النكاح من الاخبار الصريحة
على فساد الشرط وصحة النكاح ومنها صحيحة محمد بن قيس في اشتراط المرأة ان بيدها الجماع والطلاق

ومنها صحة الاخرى في اشتراط الاجل في المهر فابطلتم فيهما الشرط واجزتم النكاح ومنها
غير ذلك مما هو مذكور في بابه ويمكن جعلها ادلة بناء على الملازمة وكلمات الطرفين وان
صرحوا في النكاح بعدم الفساد وعلى عدم الفرق بينه وبين سائر العقود فيما يستوجب
للفساد عند المخالفين المعين ولاجل ما ذكرنا قال السيد في محكى المدارك بعد الرواية عن ابان
محمد ابن قيس وان جاز الاعتماد على روايته اقتصرنا على الفساد في الموضعين ويجري في
غيرها على الظاهر القاعدة اعني الفساد فلم يجب فرقا بين النكاح وغيره في الصحة والفساد
وفي كثير من الشروط الفاسدة في عقد النكاح تبعوا ابطال الصحة والفساد على المسلم
وكل ذلك يشهد بعدم الفرق بينه وبين غيره فاذا ثبت بالنص والاجماع في الجملة
عدم الفساد فيه ثبت في غيره اما بالاجماع المركب او باتحاد طريق المسئلتين وقد يؤيد
ايضا كما هو المتفق عليه في النكاح من عدم فساده لفساد المهر نظرا الى اعتباره في مهيته
لان ارتباط المهر بالنكاح ليس باقل من ارتباط الشروط بالعقود وقد يستدل ايضا
بلزوم الدور لو كان صحة العقد متوقفة على صحة الشرط ضرورة توقف لزوم الشرط
وصحته على صحة العقد واجاب عنه في محكى المهذب بان توقف الشرط ليس شرطا في الحقيقة
لصحة البيع حتى يلزم الدور بل هو من صفات البيع وان لم يكن سائغا بطل العقد لا
من حيث فوات شرطه بل من حيث عدم وقوع الرضا عليه وشروط الصحة انما هي الامور
المذكورة في اوائل الكتاب من كمال المتعاقدين ونحو ذلك وعن فخر الدين ان كون
هذه شروطا مجاز لانها تابعة للعقد والعقد سبب فيها فلا يعقل كونها شرطا له
والا لدار قلت والاولى ان يجاب بان المراد لصحة الشرط تحقق الالتزام اما لزومه ووجوب
الوفاء به واما عدم مخالفة الكتاب او المقتضي للعقد او نحو ذلك من الامور التي توجب
فساد الشرط فان اريد الاول فتوقفها على صحة العقد مسلم لكونها مسببة عنه
ومعلولة له لكن توقف العقد عليه ممنوع وان اريد الثاني انعكس الامر لان صحة
العقد وان توقفت عليها الا انها ليست موقوفة على العقد كما لا يخفى هذا واستدل على القول

الثاني بوجوه احدها ان التراضي انما وقع على العقد مع الشرط فمع انتفائه ينتفي فلا
يكون تجارة عن تراض استدل بها كل القائلين بالبطلان والجل واجيب عنه نقضا و
حلا واما النقض فبصورة تخلف الوصف المذكور في نفس العقد مثل بعتك هذا
العبد الكاتب وصورة تبعض الصفقة فان العقد ليس محلا للتراضي وما كان محلا
فهو مفقود ويمكن النقض ايضا بالشرط الفاسد في ضمن النكاح وكذا بالمهر الفاسد لوقوع
عدم رضاء المرأة الا بذلك المهر الفاسد او بذلك الشرط الفاسد فكيف يبقى اثر العقد مع
عدم الشرط وعدم المهر مع ان بقاء الجنس بلا فصل مستحيل فما هو الحل والجواب في هذه
المواضع فهو الجواب فيما نحن فيه واما حلا فبان ارتباط الشرط بالعقد على وجه يكون
نوعا وموجبا الى ارتفاع جديد في الفاسد ممنوع فلم لا يكون من قبيل ارتباط الصفة بالموصوف
توضيحه ان مدخلية القيود في موضع الحكم كالبيع مثلا لا يكون مثل مدخلية ركن الشيء في تحققه
نعم امر كمدخلية الفصل في النوع فلو باع عبدا فظهر حمارا لم يبق محل لنفوذ العقد
اصلا لان الواقع عليه العقد لم يكن مقصودا وقد يكون مثل مدخلية الجزء العقلي الى
كمدخلية ماء الفرات في الغسل المأمور به اذا امر بالغسل بمائه ومدخلية صفة الصحة
في المبيع ومثلها الكتابة وسائر الاوصاف المذكورة في العقد ومنه مقارنة كل انضمام
احد الجزئين في الاخر فان كان القيد المأخوذ في العقد من قبيل الاول بطل لبطلان
لعدم التراضي وان كان من قبيل الثاني فلا هذا ويشكل ذلك بان كون الشيء جزءا عقليا
ركنيا او بمنزلته امر غير معقول بعد كونه مقدار المنافي وشرائطه كاشتراط الكيل وما
ورد في الشرع من التعيين في الجزء وخارج عن ذلك لان الركن هنا اسم لما هو معتبر
في الكلام وغير الركن اسم لما هو جزء في حال دون حال كما لا العلم والاجتهاد وابن
هذا من انقسام اجزاء مركب كلي وجوبي الى ركن وغيره وانما يتصور اختلاف اجزاء
المركب زيادة ونقصانا وجودا وعدما باختلاف الكلي والفرد فيمكن ان يكون
اجزاء الفرد ازيد من اجزاء الكلي واما في نفس المركب لو احد الشخصي والجنسي فلا يتصور

اختلاف ما هو معتبر في ماهيته من الاجزاء اعتبارا في الوجود والعدم وانتفاء اختلاف
اجزاء المركب في الوكية وعدمها الذي منشاها ملاحظة اجزاء المركب وكونه البدا انما هو في
المركبات الخارجية دون المركبات الذهنية التي هي في الخارج بسيط محض وانما يصير
ذا اجزاء بعد التحليل وبملاحظة القيودات واشتمال العقد على الشرط ونحوه من
الخصوصيات انما يوثر في تشخصه الخارجي لا في تركيبه الخارجي فكان المشروط اخص من
غيره لا انه اكثر اجزاء منه وكذا الاجرى في علة الميسور في المشروط عند جملة من المحققين ولا او
ان يقال في الحل ان المطلوب من العقود في العرف قد يكون متحدا وقد يكون متعددا وفي
القيد مع تعدد المطلوب عرفا تحقيقا وتقديرا معلوما او محتملا والمتخصص لذلك وهذا
ملاحظة وكم العبادات والمعاملات والاوقات والوصايا والنذر وليس شيئا جديدا
ما قوي فالخطب في اثبات كون مدخلية الشروط في العقود من قبيل الجزء الركني دون
غيرها والذي يستفاد منهم في هذا المقام الاتفاق على انه من القسم الثالث فقد انتفى على
ان الشرط الخارج عن غرض العقلاء في العقد فاسد ولكنه لا يوجب فساده كما صرح به
في السلم وسنذكره انشاء الله وكذا افساد الشرط في النكاح لا يوجب فساده ولا افساد
المهر المرتبط بالعقد والشرط معا فلو كان الشرط جزء من الركن من المشروط لم يتعقل صحة
صحة العقد في المواضع المذكورة لان زوال الجنس بزوال الفصل عقلي لا يقبل التخصيص والعجب
ممن قال ان الاصل في جميعها يقتضي العقد من القيود بطلان العقد بانتفائه خرج المواضع
المذكورة بدليل وبقي الباقي ولقد اعترف المحقق الثاني في محكي جامع المقاصد بان الفرق
بين الشرط الفاسد والجزء الفاسد عسر وثانيها ما من البيع طلب المشروط فيما للعوض
مجهولا فاذا سقط لها بفساده صار العوض مجهولا واجيب عنه اولا بالنقض بالشرائط
الفاسدة في النكاح لان مقتضى الفساد بطلان المهر المسمى والرجوع الى مهر المثل وثانيا بمنع
وقوع شيء من العوض في مقابل الشرط لانه كالوصف في دخله في زيادة العوض من غير ان يقع
في مقابله شيء كما يقع في مقابل الجزء وكذا لم يكن مع فقد الشرط الا ثابت سوى الخيار وقيله على

الخلاف في

الخلاف في وثالثا بمنع صيرورة العوض مجهولا ولو قلنا بالتقسيط بل هو مثل صفة الصحة في كون
التفاوت بين الصحيح والفاسد مضبوطا ولذا احكم العلامة فيما حكي عنه بوجوب الارش لو
لو لم يتحقق العتق المشروط في بيع العبد ولزوم قيمة الثوب في الصبغ المشروط في بيع الثوب
وكذا عن الصيمري في شرط التدبير ورابعا بمنع كون الجهالة الطارية على العوض قادحة
انما القادح الجهل به حال انشاء العقد فلو كان ثمن مجموع المبيع معلوما كفى كما لو لم يعلم فيه الا
بمقاصة بعد التبعض ولذا حكموا بجواز بيع المذكور بدون الالتزام بالبدل مع جهالة
ما يقابل حق المالك بعد اخراج حق الفقراء ثلثه يمكن الخدشة في الاول بان الشرط
في النكاح بنفسه غير مرتبط بالمهر لعدم اجتماعه مع ذكر المهر وعدمه فيما ده لاجل
جهالة في المهر نعم لو كان الشرط في نفس المهر كان اشتراط تسليمه الى وقت مجهول امكن
القول ببطلان المهر ايضا ويرجع الى المسمى مع ان المهر اوسع في اعتبار العلم من العوض في
البيع والاجارة وفي الثاني بان كلا من هذا بعد دفع الاخر المنافي حتى ان مقتضى الثالث
التقسيط ووقوع شيء من الثمن في مقابل الشرط ومقتضى الاول عدم المقابلة مع ان
الجهالة الايلة الى العلم بعد التقسيط ليس بغرض من الاستدلال بل الغرض اثبات الابهام
ونحوه من الجهالة الباقية كما في بيع الزكوي وفي الرابع بان الظاهر ان فيه منعا عند بعض وا
الاول ان يجاب بان الدليل اخص من المدعى لان الشرط الفاسد مطلقا قد لا يكون
متمولا ولا سببا للزيادة المال او نقصانه فان شرط عدم الهبة الظاهر انه كذلك اذ لا تفاوت
بين هبة المال للغير الممنوع من هبته والممنوع عنه كذا الشرط الصابغ ومع تفاوت القيمة
قد يكون ما جاز انه معلوما مضبوطا كما اذا اشترط لبس العبد في بيعه او خياطة الثوب او
نحو ذلك مما يعلم بازائه من الثمن الموجب لمعلومية ثمن مقابل نفس العبد والثوب لمجرد سقوط
المشروط شرعا وحسا لا يلزم جهالة في العوض واذا لم يكن مالا وكان له دخل في مقدار
مالية المبيع يلاحظ ما به دخل في مقدار مالية المبيع يلاحظ ما به تفاوت القيمتين و
ويؤخذ قبال النسبة من الثمن كما عن العلامة في العتق المشروط المتعذر وبه يندفع الجهالة

بذلك عن مقدار الثمن الذي يقع بازاء نفس المبيع ايضا كما عرفت في الجواب الثالث ولو
فرض موضع لا يرتفع فيه الجهالة فلنلتزم هنا بفساد العقد للجهالة لا لفساد الشرط ويمكن
تقرير الجواب الثاني والثالث على سبيل منع الجمع والخلو فيقال ان الشرط اما مثل
الوصف في وقوع شئ من الثمن في مقابله واما مثل الجزء في المقابلة وعلى التقديرين لا جهالة
في العوض اما على الاول فواضح واما على الثاني فلوجوب تقسيط الثمن على الشرط والمشروط
على نحو ما هو المقرر في خيار التبعض وخيار العيب ثم نقول ايضا انه مفروض ان الشرط
السابع المتعين وان لا فرق في المقام بين الفاسد والصحيح ولا بين الامتناع الشرعي
العقلي الآن يقابل الامتناع العارضي لا يجبر كما به بعد ان كان حال العقد ممكنا ولو
فرض انكشاف التعذر في حال العقد فهذا داخل في الشرط الفاسد ويأتي الكلام فيه
انتهى نعم وفيه ان الجهالة لو كانت لازمة سقوط الشرط لم يتفاوت بين الامتناع الذاتي
والعرضي لمن لا يعلم قلنا بكفاية العلم بالمجموع اجمالا لعرف بعينها لكنه اعتراف بعدم قدح
هذه الجهالة الطارية كما عرفت فتم ثالثها رواية عبد الملك عن الرضا وقد تقدم في
ادلة القول الاول بناء على دلالته لا يبتني على المنع دون الكراهة وفيه ما لا يخفى كما مر
ورابعها رواية حسين بن منذر قال قلت لابي عبد الله ع الرجل يجيئني فيطلب العبد
واشترى المتاع من اجله ثم ابيعه اياه ثم اشتريه منه مكاني فقال اذا كان بالخيار ان شاء
باع وان شاء لم يبع وكنت انت بالخيار ان شئت لم تشتر وان شئت اشتريت فلا بأس فقلت
ان اهل المسجد يزعمون ان هذا فاسد ويقولون انه ان جاء به بعد اشهر صح قال انما هذا
تقديم وتأخير لا بأس وجه الدلالة كما عن الحدائق ان عدم الخيار في البيع الثاني ايجابا وقبولا
لا يتصور الا باشتراط البيع والشراء في البيع الاول فيكون معنى الحديث انه مع اشتراط البيع الثاني
في البيع الاول يبطل البيع الثاني اجماعا لانه لا قائل بالفرق بين الثاني خصوصا مع ملاحظة ما
نقله الراوي من اهل المسجد من الفساد مطلقا ولا وجه لفساد البيع الاول وشاهدا بالوضوح منها دلالة
رواية علي ابن جعفر عن اخيه ع قال سألته عن رجل باع ثوبا بعشرة دراهم الى اجل ثم اشتراه بخمسة
نقدا

نقدا ايحل قال ع اذا لم يشترط ورضيا فلا بأس والجواب كما عن كتاب الاستاد قدس سره
بان الالتزام بالشراء بعد البيع اعم من ان يكون في ضمن العقد الاول او في خارجه فان
التواطي والتباني على الشراء لا يتفاوت في التزام العرف به بين كونه على طريقة الاشتراط
في ضمن العقد كما هو محل الكلام او في خارجه وح يكون وجه فساد الشراء عدم كونه
عن رضاه وطيبه لا فساد العقد الاول وثانيا بان هذا الشرط اعني شرط البيع من البائع
في ضمن البيع خارج عن محل الكلام لان افساده للعقد كما هو المتن اما للدور كما عن
العلامة ره او لعدم القصد كما عن الشهيد او للنص كما عن صاحب الحدائق وقلت ويأتي في
الشبهة الثانية من شبهات المسألة مناقشات اخرى ايضا في دلالة الروايتين على فساد
هذا الشرط منها ان البيع اعم من الفساد وظهوره بملاحظة فتوى اهل المسجد وسؤال
الراوي عن الحل والحرام في الفساد ضعيف لا يمكن التعويل عليه في مقابلة صراحة الاخبار
الماضية الصحيحة في عدم الافساد لو سلم التكافؤ فالمرجع العمومات مع ان ما قدمناه
واضحة فاذا كانت نصا قابلة للاعتماد وهو والا احتاج الى الجابر المفقود وان كثر الغا
بها ان المتاخرين اعلامهم غير مستندين اليها بل الى الوجهين الاولين وعلى فرض الاستناد
فهو معارض بعمل جل القدماء بالاخبار المعارضة المعتضدة وعدم العمل بها فلذا
جبران بعدم المعارضة خصوصا والعمدة في جبر السند هو عمل القدماء ولا تقدح
فيما ذكرنا شهرة فساد شرط البيع من البائع لان الجبر بالشهرة يتقيد بها فهي ح
استنباط منها لو سلم يحتاج الجابر اعرفا فهم والحاصل ان الخروج بهذين الخبرين
الغير المعرفين عند العلماء بما يقتضيه المستفيضة الموافقة للعمومات مشكل وممنوع فا
الاصح هو عدم الافساد والله العالم بقي التنبيه على امور منها الاول المعروف بين الاصحاب
كما عن الحدائق ان الشرط الفاسد في النكاح لا يوجب فساده وقد صرح به المحقق في
النكاح مع تردده في البيع بل حكى بعض الاتفاق عليه لكنهم خالفوا ذلك في مواضع منها
شرط الخيار في النكاح فالمشهور فيه فساد العقد ومنها شرط عدم النكاح او الطلاق فيبطل

التحليل في نكاح المطلقة ثلاثا فالمتجه فيها ايضا فساد العقد كما في الحدائق ومنها شرط عدم
الوطي او عدم الافتضاض ففي فساد العقد به خلاف والمتجه فيهما لو شرط بطلان العقد لو
لم يسلم المهر في وقت كذا صحة العقد وهذه الشهرة المحكية في الحدائق على فساد العقد في شرط الطلاق
او عدم النكاح مثلا فبان لكان الشهرة او الاجماع على عدم فساد الشرط مع الشهرة او الاجماع
على عدم فساد النكاح لفساد الشرط مع الشهرة او الاجماع على فساده في شرط الخيار او شرط
عدم الوطي ايضا لا يجتمعان والذي صرح به بعض ويساعده ظاهر كلامهم ان الشرط الذي
لا يوجب فساده فساد النكاح ما كان مخالفا للكتاب واما ما كان منافيا لمقتضى العقد كشرط عدم
الوطي وما اشبه ذلك فهو مبني على مسألة فساد العقد بفساد الشرط ويشهد له
ان الشهيد في المسالك بنى فساد النكاح وصحته على بعض الشروط على هذه المسألة مع
انه ممن ادعى في خصوص شرط عدم التزويج وعدم التسري اتفاقهم على عدم فساد النكاح لفساد
الشرط معللا فانعدام الفرق بينه وبين غيره من العقود بحسب القاعدة وجه ان نفصل الا
الخلاف في الصحة في شرط الخيار او شرط عدم النكاح والطلاق في الظاهر كان الظاهر عدم الخلاف
المعتد به ووجه بعض مشايخنا فساد النكاح في شرط الخيار بانه لا مانع من فصل النكاح
واورد عليه من علله بان هذا الشرط فاسد يتحقق بانتفاء الرضا المعتبر في صحة العقد بانه جار في
جميع الشروط الفاسدة ذكره وانما ضرورة عدم كونه منافيا للعقد المقصود كما لا يخفى على
ولا يخفى انه لا ينفي القصد في كل شرط مناف لمقتضى العقد حتى مثل عدم الوطي خصوصا في الدائم
مع ان الجمع بين كلماتهم بما ذكر من التفصيل اشكالا لان خروج شرط المنافي لمقتضى العقد
بعد قيام الدليل على عدم فساد النكاح لفساد الشرط يحتاج الى دليل الا ان يقال بالالتزام
باختصاص دليل الصحة بمخالف الكتاب فيبقى منافي مقتضى العقد تحت القاعدة ويعرف
حكمه منها صحة وفسادا على القولين والحاصل ان في النكاح اشكالين احدهما اعظم من الاخر
الاول ان ظاهرهم الاتفاق على عدم فساده بفساد الشرط مع انهم بنوا الافساد وعدمه
في كثير من الشروط الفاسدة فيه على القولين في شرط الفاسد والثاني وهو الاعظم ان سؤال

الفرق

الفرق بين شرط عدم الخيار وشرط عدم النكاح او البطلان وبين شرط عدم الوطي وعدم
الاخراج عن البلد ونحوهما من الشروط التي اختلفوا في جوازها في النكاح حيث حكموا
في الاول بفساد العقد ويبنون فساده في الثانية بناء على عدم الجواز على القول ببطلان
العقد بفساد الشرط فلا بد من المراجعة الى باب النكاح وطلب الفرق وحل الاشكال الذي
ما اقتضت النظر في المقام وانما نبهت عليها وحسبما اقتضاه بادي النظر الثاني في الاشارة
الى بعض ما يقتضي فساد العقد من الشروط الفاسدة بخصوصه او لا يقتضي فساده
كلية غير الاول اذا كان الشرط مجهولا بناء على ما هو المشهور المنصور من اعتبار
وعدم الجهالة في الشروط فان جهالته توجب جهالة احد العوضين ومنها شرط البيع
من البائع ولا اشكال في كونه مفسدا للبيع المشروط فيه بناء على كون فساد هذا الشرط
كما عن المشهور لان فساده مستند الى ما يقتضي فساد اصل البيع وهو وجوه الاول لزوم
الدور وذكره في محكي التذكرة لان بيعه له ثانيا يتوقف على ملكيته له المتوقفة على بيعه قال
واما لو شرط البيع على غير البائع صح عندنا حيث لا منافاة فيه للكتاب والسنة لا يقال
ما التزمتم من الدور وارد هنا لانا نقول الفرق ظاهر لجواز ان يكون جاريا على حد التوكيل
او عقد الفضولي بخلاف ما لو شرط البيع على البائع انتهى واجاب عنه الشهيد في حواشي
غاية المراد وتبعه غيره اولا بالنقض باشتراط البيع على غير البائع وثانيا بالحل بمنع توقف
المشتري على البائع الثاني لان المتوقف عليه لزومها لا انعقادها واجيب ايضا بعدم جريانه
في بعض صور المسألة وهو ما اذا كان البيع الاول مؤجلا واشترط بيعه من البائع بعد
بعد الاجل فان ملك المشتري متخلل بين البيعين واجاب شيخنا الاستاد قده عن
الاجوبة الثلاثة بان ظاهر العلامة انه لا بد ان يكون الشرط امرا معقولا قبل العقد
المشروط فيه والبيع من البائع ليس معقولا مع عدم البيع الاول سواء كان مؤجلا او حالا
واما البيع على غير البائع فهو امر معقول وكالة او فضولا ثم قال نعم يرد عليه النقض
بشرط الرهن على الثمن وشرط ضمان الدرك وغيرهما لانهما ايضا غير معقول له مع عدم البيع كالفرق

به فلذا حيث استدل به بعض الشافعية القائلين بعدم جواز الرهن على الثمن مع انه ربما
وجوز هنا الاشتراط ثم قال الا ان يقال ان اخذ الرهن على الثمن او اخذ الرهنا من
توابع البيع ومصالحه نظير اشتراط نقد الثمن او عدم تأخيره الى شهر مثلا فيجوز اشتراط
لكن ينفضح بما اعترف بجوازه في التذكرة من اشتراط وقف المبيع على البايع وولده
انتهى كلامه رفع مقامه **قلت** اشتراط كون الشرط بعض لا قبل العقد لا يحتمله
الاشتراط لكونه مقدورا كالا كل شيء معقود ولو كان ممتنعا ولا دليل على اعتبار
القدرة في الشرط كلها بل اللازم انما كان ممتنعا لاصلح حتى بعد العقد فالمنع
الا ولان صحتها **الثاني** ما استدل به الشهيد قده في حكي غاية المراد بعد رد الخبر
الذي بما عرفت من منافات هذا الشرط لمقتضى البيع واجاب عنه المحقق الشهيد
الثاني فيما حكي عنهما بان الغرض حصول القصد الى النقل ولا لم يصح ذلك واذا
قصد ذلك ولم يشترطاه مع الاتفاق على الصحة **والثالث** رواية ابن حنظلة ورواية
علي بن جعفر المتقدمتين في ادلة القول بفساد العقد مع فساد الشرط واجيب عنهما
بوجوه **احدها** ان البأس ليس صريحا ولا ظاهرا في البطلان ومنعقد ظاهر
وانها منعقدة ما لا يطالبه بقول احد وهو عدم اشتراط المشتري ذلك على
البايع ورد بان كل من قال باشتراط البايع البيع على المشتري ذلك على البايع
ايضا بل الشهيد في غاية المراد عنون المسألة باشتراط الاشتراء وبالاشتراء اولا
وثانيها ان المستفاد من المفهوم انتفاء البأس المنفي في المنطوق الحرمة دون الفساد
فالمراد ان شرط البيع ثانيا في البيع الاول حرام وهو لا ينافي صحته ولا صحة البيع
الاول ورد واجيب بان المراد بالبأس ما يرجع الى الوضع وليس هو الا الفساد **قلت** البأس
المنفي انما هو في نفس البيع الثاني كما هو صريح الرواية ولا وجه لحرمة البيع الثاني لان
الشرط ولو كان صحيحا فالبيع ليس حراما كما لو لم يكن فاسدا الا هو مقصود المجيب مع ان
النهي عن المعاملة بنفسها او شرطها مقتضي الفساد كما تقرر في الاصول **ورابعها**

ما اختاره الاستاد بعد نقل الاجوبة المذكورة وجوابها ومحصله ان فساد البيع
الثاني يحتمل ان يكون لعدم طيب النفس بل هو الظاهر من قوله انه كان هو بالخيار وكنت
انت بالخيار ولا لاجل فساده هذا الشرط اذ على تقدير صحته ايضا يبطل البيع الثاني
اذا فقد طيب النفس والرضا واستشهد على ذلك بان سياق الروايتين في بيان
الحكم **الثاني** بعد الفراغ عن صحة البيع الاول لان خلاف اهل المسجد انما كان في صحة
البيع **الثاني** دون الاول **قلت** عدم طيب النفس لا يوجب فساد العقد اذا لم يكن في
ضمن الاكراه وهو خارج عن مفروض الروايتين مضافا الى وجوبا ثم قد يقال عدم
الطيب لعدم القصد وهذا ايضا غير مراد كما عرفت في الجواب عن استدلال الشهيد
نعم يمكن ان يقال بعد تسليم دلالة البأس على الفساد بنفسه او بقرينة فتوى اهل المسجد
بالفساد ان سبب فساد البيع **الثاني** غير معلوم ولا مظنون ودعوى انه من جهة فساد
البيع الاول غير واضحة خصوصا بعد ملاحظة فهم الراوي منافات حكمه عليه السلام
لحكم اهل المسجد فانهم حكموا على ما نقله الراوي بفساد البيع الثاني لو وقع بعد البيع
الاول بلا فصل وبصحته لو وقع بفاصلة شهر ومن الواضح ان وجه الفساد على
مذهبهم لا بد ان يكون شيء اخر غير فساد البيع الاول لانها كانت مفروغا عنها
كما افاده الاستاد قده ولهذا ينبغي ان يكون وجه الفساد غير فساد الشرط اذ لو كان
هو الوجه المخرج ما ظاهرهم التسالم عليه وبطل تقريب الامام عليه السلام للراوي على صحة البيع
الاول ولا تلازم بين فساد البيع **الثاني** حال الاشتراط وبين كونه شرطا فاسدا لجواز
ان يكون سبب الفساد في هذه الحالة شيئا اخر غير فساد الشرط ودعوى الظهور
في ذلك ممنوعة وان كان فيه اشعار وانهم لو كان البيع الاول في صورة الاشتراط
فاسدا ينبغي التصريح به دون التنبيه عليه بدلالة الالتزام مع فضيلة لا يعارضها
الا اهل النظر الدقيق قد لا يكون من باب لوازم الخطاب على صحة البيع الاول وهذا و
يمكن ان يقال ايضا ان فساد البيع **الثاني** عن كشف الشرط لا من كونه شرطا فاسدا

لا يوجب فيه الشرط فالمراد ان البيع من دون الشرط الحرام حرام ومع بعد ذلك فالحكم به يكون من التعبديات لا ربط لها بفساد الشرط المبحوث عنه ولا بفساد العقد بسببه ثم على تقدير ظهورها في فساد البيع الثاني مطابقة لفساد البيع الاول الزامًا بما سبق في الخطب في صحة الاعتماد عليها مع عدم استناد القائلين بالفساد الى فساد البيع فاما لمسئلة من هذه الجهة من الغوامض والله الهادي ومنها الشرط المخالف لمقتضى العقد المانع عن قصد مدلوله وهذا لا اشكال في كونه مفسدًا الا انه الكلام في تحققه وادعى ما يمثل له البيع بشرط ان لا يملك وفيه نظر لانه ليس بأشد منافاة لعقد البيع من البيع بلا ثمن مع ان ظاهرهم تحقق القصد فيه حيث حكموا بالضمان جاعلين له من المقبوض بالعقد الفاسد ومع عدم قصد البيع كيف يكون من هذا الباب الا ترى ان المقبوض بعقد الهازل والداعي خارج عنه قطعا وان ترتب عليه الضمان من جهة اليد وعدم الاذن المعتبر في رفع الضمان ومنها شرط الحرام كاشتراط جعل الخشب صنمًا لان المعاملة على هذا الوجه اكل المال بالباطل وبعض الاصحاب وفيه نظر لعدم دليل على كون المعاملة على هذا الوجه اكلا للمال بالباطل فان ما دل على ذلك فانما هو فيما كان العمل المحرم عوضًا كبيع العنب ليعمل خمرًا والبابان مختلفان والمناط المنقح القطعي ايضا غير مسلم وكذا الفحوى فتامل ومنها شرط الغير المعقول وربما عن الغنية مدعيا الاجماع عليه مستدلا بان هذا موجب لجهالة المبيع متعذر التسليم واجيب بالمنع لان مجرد كون الشرط غير معقول لا يوجب ذلك قلت ان الشرط الغير المعقول يمنع عن قصد مدلول العقد لان التعليق على المحال يدل على كون الكلام صوريا هزليا ولا يجري فيه حكم الاقرار والحدود والشهادات وهذا اولى من الاستدلال المذكور فلا بأس به مضافا الى ما ادعاه من الاجماع واما الثاني فقد حكي عن ابن المتوج من شرط الغرض لا يتعلق به غرض العقلاء فقال انه لا يوجب فساد العقد بخلاف غيرها من الشروط الفاسدة بل عن غير واحد انه لا يوجب الخيار ايضا كتكيل المبيع بمكيال مخصوص واشكل ذلك بان الدليل الاول وهو

انتفاء الرضا

انتفاء الرضا بانتفاء الشرط باق فيه ايضا من غير فرق وعلى ثبوت الخيار فيه لعدم الضرر لا ينافي كونه مفسدا للعقد باعتبار زوال الفصل فان كان اجماع على صحته كان يقتضي الحكم بعدم الخيار وفهو والا اشكل الفرق بينه وبين غيره مع اطلاق كلام القائلين بالافساد وعدم استثناء ذلك وعموم بعض ادلتهم الا ان يقال ان جريان بعض الادلة دون بعض يكشف عن خروج الفرع عن المدعى اذ الظاهر من الاستدلال وفاء لتمام المدعى والدليل الثاني المفقود من الشيخ وهو لزوم جهالة العوض لا يأتي هنا فيكشف ذلك عن خروجه عن المدعى فيكون عدم الافساد فيه متفقا عليه وينبغي ادلة الصحة سليمة عن المعارض وقال شيخنا قده بعد نقل الصحة وعدم الخيار عن العلامة ره والشهيد ره وذكر الوجه في ذلك من الوفاء به لما لم يجب شرعا خرجت عن قابلية تقييد العقد به ولم يكن في تخلفه خيار ويشكل بان لغويتها لا تنافي تقييد العقد بها في نظر المتعاقدين فالالتزام اما ببطلان العقد واما وجوب الوفاء كما اذا جعل الثمن مما لا يعد مالا عرفا انتهى كلامه رفع مقامه اقول قد عرفت ان فساد العقد من جهة التقييد الشرط وان كان ابيا هنا الا ان الفساد من جهة الجهالة في العوض غير ات هنا فالاشكال انما يتجه على تقدير الاستناد في الفساد الى الوجه الاول والا فلا اشكال

الامر الثالث في حكم الشرط الفاسد من حيث التكليف ومن حيث اقتضاء الخيار على القول المختار واعلم ان الوفاء بالشرط الفاسد من حيث التكليف ومن حيث اقتضاء الخيار على القول بعدم افساده للعقد فلا يكون صحيحا فلا يكون حراما ان يعد فساده وصحة العقد يكون من قبيل الوعد فان كان امر مشروعا استحب الوفاء به والا حرم كذا قال الاستاد قده وفيه تامل منشأه من كون الوعد اخبارا بوقوع فعل في المستقبل والشرط المبحوث فيه ليس فيه اخبار والا لا باس منه مناط استحباب الوفاء بالوعد ايضا ولم يسلم كونه وعدا موضوعا او حكما فلا دليل على خروجه عما يجب الوفاء به من الشروط بدليل على خروجه عما يجب الوفاء به من الوعد فتشمله قولهم

الوصف منتف وظاهر قولهم من شرط لامرئ شيئا فليف به لكن فتح باب الاستحباب
في هذه الادلة يوجب سد باب الاستدلال بها على اللزوم في موارده مع ان ما دل على
خروجه عما يجب الوفاء به يكون تخصيص عموم المؤمنون راسا فافهم واما الخيار فان كان
المشروط عليه عالما فلا خيار بلا اشكال لان الضرر ورد عليه باختياره وقد ذكروا
ان الضرر الناشئ من اختيار المتضرر لا يجبر في المعاملات بخيار ونحوه وان كان
جاهلا ففي الخيار وجهان من كونه بمنزلة تخلف الوصف وتخلف الشرط السابق
فيدل على الخيار فيه ما دل عليه فيهما والجهل بالفساد ههنا مثل الجهل بالخيار
وفوريته من حيث كونه ناشئا من الجهل بالحكم دون الموضوع ومن ان مدرك
الخيار هو ادلة نفي الضرر والمحتاج الى الجابر المفقود في المقام لان ضرورة الشرع
قاضية في اغلب الموارد بان الضرر المترتب على الجهل بفساد المعاملة لا يتدارك
قال الاستاد قده بعد ذكر الوجهين فالاقوى في المقام عدم الخيار وان كان يسبق
خلافه في بادي النظر **قلت** اما احتياج ادلة الضرر الى الجابر فهو كما افاده قده كما
حققناه في مقام اخر ومحصله ان بعض العمومات باعتبار ابتنائها على فروع بالمله
تعم جهات كثيرة في كلمات العلماء تسقط عن الاحتجاج بها قبل انكشاف حال الفرع عندهم
لعدم الوثوق بالعموم ويكفي في الكشف تمسك بعض من هو من اهل الاطلاع والا
الخبرة بارائهم واما عدم الخيار في المقام فهو معروف قال الان في مجاوز كلماتهم
في الخيارات وانا لم نظفر بالضرر الناشئ من الجهل بطل الحكم بالخيار فالمدار للاستاد
وكيف كان فان المطلع الفاحص على مصرح بالخيار بنفي الاشكال المر راسا **فرع**
الاول لو رضي المشروط له بدون الشرط الفاسد واسقطه بعد العقد ففي صحة
العقد على القول بالفساد وجهان من جواز اسقاط الشرط والرضا بالعقد
خاليا عنه وهو المانع عن صحة البيع من اقتران البيع بالمبطل ذكرهما في
التذكرة فيما لو شرط المشتري على بايع العبد ان يعتقه جزما وانه حيث بان وجه

بين المصحح ... ولو كان الحكم في الموضوع
وكفى به جوابا له كون المقام [illegible]

العقد ضعيف

لو ذكر الشرط الفا
قبل العقد ما ذكر فيه

الصحة ضعيف فالاصح عدم انقلاب الفساد بالصحة بالاسقاط وفاقا للاستاد قده الثاني
لو ذكر الشرط الفاسد قبل العقد لفظا ولم يذكر في متنه ففيه وجهان بل قولان حكيا
مبنيان على تاثير الشرط قبل العقد وعدمه فان قلنا بانه لا حكم له كان ظاهرا
المتن لم يفسد ولا افسد وفاقا للاستاد قده خلافا للمحكي المسالك في موضعين من
هذه المسالة في باب المرابحة وفي شرح قول المص ولو كان من قصدهما ذلك ولم
يشترطاه لفظا ففصل بين ما لو علما ان الشرط المتقدم لا حكم له فلا اثر له وبين ما لو جهلا
فالبطلان لانهما لم يقدما الا على الشرط ولم يتم لهما والمراد بالجهل توهمهما لزوم الوفاء
بالشرط المتقدم كما صرح به في الاخير هذا محصل ما ذكره في المقامين فالشرط الغير
المذكور في العقد لا اثر له في نفسه عنده فليس كالشرط المذكور من حيث كونه شرطا
والا لزم التاثير ايضا مع العلم بانه لا حكم له مع انه صرح بانه لا اثر له فالفساد مع توهم
اللزوم انما هو لانتفاء القصد والرضا من فقده ولو يرد عليه شيخنا قده بان علم
العاقد بالفساد لا يصير منشأ لعدم انشاء المعاملة والا امتنع بيع الغصب وبيع
الخمر ونحوها من المعاملات الفاسدة ومع العلم بتاثير الشرط السابق علم بالفساد او
جهل انتهى ملخصا **قلت** ايراده قده مبني على القول بتاثير الشرط المتقدم وتفصيل
الشهيد قده مبني على القول بعدم تاثيره فانه صرح اولا بان الشرط المتقدم لا عبرة به
ثم قال نعم لو توهما اللزوم اتجه الفساد من جهة ذلك لا من جهة فساد العقد لفساد
الشرط نعم لو كان التفصيل بين العلم والجهل من فروع القول بتاثير الشرط المتقدم
وتفصيلا في تاثيره كان الايراد المذكور واردا لان العلم بالفساد لا ينافي انشاء المعاملة
العرفية فمع العلم بالفساد يلزم لا بد من التاثير بل التاثير ح اولى منه مع الجهل لصدق
قرينة واضحة على عدم مناسبة الايراد لمراده وانه ليس تفصيلا في المسالة وانما العلم
والجهل ملحوظان عنده بالنسبة الى تاثير الشرط وعدمه فالايراد عليه بان العلم با
وعدمه لا ينافي انشاء المعاملة عرفا كما في المعاملات الفاسدة مع العلم بفسادها

لو ... العاقد بالفساد الشرط وعدمه

٥

ليس في محله الا ان يريد بالفساد عدم تاثير الشرط المتقدم لافساده شرعا ولو ذكر
في العقد نعم يرد عليه انه بناء على عدم تاثير الشرط المتقدم كما هو مختاره لا وجه
لتاثير الجهل بالحكم الشرعي اعني توهم اللزوم في الفساد ودعوى انه مع توهم اللزوم لا يتحقق
منه القصد الى الانشاء الفاقد الناقل التاثير كتوهم كون البيع فرسا مع كونه حمارا منه واضح
وان كان لها وجه قريب **الثالث** لو نسيا ذكر الشرط في العقد بعد اتكالهما البناء على
المذكور فمن المسالك ايضا عطفه على توهم اللزوم في كونه سببا لفساد العقد ولو قلنا
بعد تاثير الشرط المذكور على وجه ووجهه يعلم مما ذكر في التوهم وقال الاستاد دام
النسيان ان كان من جهة الغفلة عن اصل الشرط بان كانا عازمين على الاشتراط
في العقد فنسياه فعقد غافلين عما تواطيا عليه فلا حكم له بل العقد صحيح وان كان
طرو النسيان في اثناء العقد في محل ذكر الشرط في العقد عمدا اعتمادا على التواطي
السابق **قلت** فيه اشكال لان النسيان الذكر مع اضمار الشرط وكونه نصب عينيهما
بنائي تعلق القصد بفاقد الشرط فيكون فاسدا لكونه غير مقصود ومثل ذلك نسيان
ذكر الوصف الظاهر فساده لا صحته مجردا كما في الاوصاف الغير المذكورة نعم نسيان
الاشتراط لا ينافي كون المجرد مقصودا بالانشاء كما لو اراد ان يصلي ظهرا فنسي وصلى
العصر فانه صحيح عصرا كما انه لو اراد الظهر واراد اخطاره فنسي الاخطار لا اصل القصد
لم يقع عصرا بل ظهرا او يقع باطلا على الوجهين والظاهر ان مراد الشهيد بالنسيان هو
الاول دون الثاني فيكون الفساد قريبا من الصحة ولا يرد عليه عدم المذكراه مع ان
العمل لا يكون التواطي الا محض الداعي وهو لا يوجب تقييد المعاملة ولو كان مقرونا
بالعقد وتحقيقه يعلم بعد ما ذكرنا ذلك الى باب الشرط الرابع فراجعت الاستاد فيه
معترفا بما ذكرنا لكنه اعتذر منه بان ظاهر كلمات الاكثر عدم لزوم الشرط الغير المذكور
وعدم اجراء حكم الشرط عليه وان وقع العقد مبنيا عليه واستشهد عليه
بكلام العلامة والمحقق في بعض الفروع ومن جملة ما استظهر عنه ما عن المتن في النكاح

مخذ وقوله

ومن نوعه دائما اذا اخل بذكر الاجل فان كان اجماع والا كما هو المظنون بل لا الشهرة
نظرا الى تصريح الشهيد ره من غير تردد ولا اشارة الى اشكال او خلاف فالمحرز انه
مع النسيان ومثله توهم اللزوم كما ذكرنا لذكره والله العالم ومما ذكرنا في المسئلة ظهر
ما هو الحق فيما تكلما فيها الاجله اعني فساد الاجارة اذا اشترط فيها ضمان العين
كما عليه ظاهر الكل وصريح الجل خلافا للمرعوف لكونه منافيا لمقتضى العقد بخلاف
شرط الضمان في العارية لانه مناف للملا فها الا لما يقتضيه ماهيتها وثبوت الاحكام
خيار المجلس اجماعا مستفيضا وخيار الحيوان وخيار التاخير الى ثلثة ايام لاختصاصها
موضوعا للبيع لا ينقل الهبة واحتمل بعض مشايخنا ثبوت الثاني هنا ولا وجه له
سوى القياس واما خيار الشرط فالمعروف انه ثابت في جميع المعاوضات بل
عن ظاهر المذكرة استظهار الاجماع عليه حيث اقتصر على نقل خلاف المشتر
الجمهور وان عبر عنه بالاقرب بل عن الكتاب والارشاد والدروس وتعليق
الارشاد لو شرط لاحدهما او لهما او لاجنبي جاز مع تعيين المدة سواء تعلقت
الاجارة بعين معين كان يستاجر هذا العبد او هذه الدار او تعلقت بما
في الذمة كما لو استاجره لبني له حائطا خلافا فالمحكي عن بعض العامة فلم يجوزوه في
الثاني ولم يعلم وجهه نعم يمكن المناقشة في اصل المقصود عن البيع بناء على كونه
منافيا لمقتضى العقد الدائم لا يثبت الا في النكاح اجماعا وقد مر سابقا دعوى مثل
ذلك في خصوص النكاح لقصد الانشاء كما نقلناه سابقا عن بعض مشايخنا منهم
واصحه في كتاب الاستاد فذكر انه لا يرتفع اثر النكاح شرطا على الطلاق وعدم
قبوله التقايل بخلاف الاجارة والبيع ونحوهما لان الفسخ فيهما في الجملة ثابت بالتقايل
وموجبات الخيار وشكك ذلك بانه يكفي في تاثير الشرط بعد قبول النكاح للفسخ
من غير طلاق بالعيوب وغيرها وان لم ينفسخ بالتقايل اذ لا خصوصية له بعد ما علم
من الشرع تطرق الفسخ اليه وليس في ذلك الزام بكون الشرط مشرعا للسبب بل هو مثل

وجميع الرهان والكفالة ... سور القطع ... والعيص

شرط الكتبة ونحوها من النتائج التي فالواحلا او وحلا فيها بالصحة فاذا علمنا منطرق الفسخ الحل النكاح باسباب متكثرة علمنا ان ازالة عقد النكاح من النتائج التي تحصل بالشرط وليس هذا ابعد من شرط الرقية في المتولد بين الحر والعبد الذي قال فيه جماعة بالصحة وانا لا نقول بتاثير الشرط اذا دل الشرع على الحصار التسبيب في شيء او شيئين كالنكاح فلا وجه لالحاق الفسخ بالعقد في المقام ويشكل اطراد بعقود اختلفوا في دخول خيار الشرط فيها **منها** بيع الصرف نص المبسوط والتذكرة والسرائر المنع مدعيين الاجماع عليه وهو مذهب الشافعي فيه وفي السلم وعلله في محكي التذكرة للشافعي بان المقصود من اعتبار التقابض فيهما ان يتفرقا ولم يبق بينهما علقة ولو اثبت الخيار بقيت العلقة واجيب عنه بمنع الملازمة وعن التذكرة تعليلا كالاستدلال المذكور الجزم بدخوله في الصرف وعن القواعد الاشكال فيه وعن الدروس بعد نقل المنع عن الشيخ انه لم يعلم له وجه **ومنها** الصلح وعن جماعة منهم العلامة في التذكرة دخوله فيه مطلقا وعن السرائر وجامع المقاصد وغاية المرام التفصيل بين الصلح المعاوضي فالدخول في الذمة مع جهالتها او على اسقاط الدعوى قبل ثبوتها فلا لان مشروعيته لقطع المنازعة فينافي اشتراط الخيار المقتضي لعود الخصومة وفي كلا الاستدلالين تامل لا يخفى عن فوة **ومنها** الرهن فعن غاية المرام عدم دخوله فيه لانه ينافي الاستيثاق الذي هو المقصود من العقد وعن السرائر الاشكال فيه وكذا عن ظاهر المبسوط ولو رد عليه الاستاد قده بان كون وضع الرهن على اللزوم ينافي جواز جعل الخيار دين لحاضي الطرفين **ومنها** الضمان فعن التذكرة والقواعد وظاهر المبسوط عدم دخوله فيه وقال الاستاد قده لا اقوى دخوله فيه لو قلنا فيه بالتقابل **ومنها** الوقف فالمشهور بينهم عدم الدخول وعن ظاهر المحكي عن المشايخ الثلاثة في مسألة اشتراط الواقف عود الوقف اليه اذا احتاج الدخول ويؤيده ما عن السرائر والتلخيص من وجود الخلاف في المسألة ولكن عن المسالك دعوى الاتفاق على الثاني وهو المختار للاستاد قده مستدلا

علیه بالموثق

عليه بالموثق من اوقف ارضا ثم قال ان احتجت اليها فانا احق بها ثم مات فانها ترجع في الميراث ونحوها غيرها ثم قال قده فلا تنبغي تامل واول وجهه ان ظاهر فساد العقد بالشرط المتاخر عن العقد وهو باطل بالاجماع والحكم بان الشرط الى عمر النفع الى الواقف وهو فاسد قطعا واين هذا من فساد الشرط الخيار مع ان فساد العقد لا يتفرع على القول بفساد الشرط فكيف يعتمد عليه في بطلان الخيار الشرط هنا **ومنها** الصدقة فان المحكي عن التذكرة ما في باب الوقف انه لو شرط الخيار في الوقف لم يصح كالعتق والصدقة تعويلا على ان حكمها حكم الوقف لكن عنها في باب خيار الشرط ما لفظه اما الهبة المقبوضة فان كانت لاجنبي غير معوض عنها ولا قصد بها القربة ولا تصرف الواهب يجوز للواهب الرجوع فيها وان اختل احد القيود لزمت وهل يدخلها خيار الشرط الاقرب ذلك وقال الاستاد قده الاقوى عدم دخوله فيها لعموم ما دل على انه لا يرجع فيما كان لله لظهوره في كون اللزوم حكما للصدقة فلا نظير الجواز في العقد الجائز ولو شك كفى في عدم سببية الفسخ للخيار وتوهم اثبات السببية بادلة الشرط واضح الاندفاع وقال دام ظله في اول المسألة ان مقتضى الفتوى والادلة جواز اشتراط الخيار في كل عقد او ايقاع الا اذا ثبت وجود مانع عن ذلك فعدم الجواز في موارد الخلاف انما هو لوجود المانع المقصود في ادلة الاشتراط

قلت قد عرفت في الشروط المنافية لمقتضى العقد ان التمييز بين ما هو مقتض للهبة او مقتضى اطلاق مشكل بل الظاهر ان كل حكم ثابت للعقد مقصود فاشتراط عدمه مناف لمقتضاه وعلى هذا يكون الاصل في شرط الخيار الفساد حتى يثبت الجواز عكس ما ذكره قده وهذا اوفق بكلماتهم في الموارد المشار اليها مما ذكرنا لان الوجوه التي سمعتها مستند العدم الدخول فيها منظور كما عرفت حتى الوجه الذي ذكرناه فلا في الوقف والصدقة من كون اللزوم حكما لهما لعدم الدليل عليه سوى اطلاق ادلة لزومها ويرد عليها ما اورده في الرهن ودعوى ظهور ما في اللزوم حكما لا ينفع ولو بسبب خارجي من شرط ونحوه منقوضة بان مثلها ياتي في ادلة لزوم الاجارة والبيع والعقود المحكم

اذ لا ينافي العموم الخروج في الموارد بل لدليل في بعض الصور فغايته ما يثبت من ادلة
الخيار والبيع قبوله للفسخ باسباب خاصة فيقتصر عليها انما يكون اللزوم من مقتضيات حكم
للهبة لا يتغير بشرط ودعوى اقتضاء ثبوته بالشرط ايضا اذ يكشف ذلك عن عدم كون
اللزوم حكما للهبة منقوضة بالنكاح القابل للفسخ باسبابه وان لم يقبل التقايل
لعدم دليل على دوران تاثير الشرط مدار بل مدار دخل قبول الفسخ وعدمه الذي
هو موجود في النكاح ايضا مع ان اطلاق الجواز بالتقابل ايضا منقوض بما عرفت
بدعوى عدم دخوله في الصلح على الدعوى قبل ثبوتها والصلح عما في الذمة وفاقا للجواهر
لان الاقالة تجري فيها صرح به في المسالك في العقود المتعلقة من الجانبين بالمال
حكم فيجري في الصلحين المذكورين خصوصا الاول فالاقرب البناء على اصالة العقد
لكونه منافيا لمقتضى العقد حتى يثبت الجواز فيهدن الامر في المسائل المذكورة لان
عدم دخول هذا الخيار فيها حتى بيع الصرف موافق للقاعدة ومقتضى ذلك عدم
دخوله في الاجارة ايضا الا ان يكون عليه اجماع كما هو المظنون اذ لم اعثر على من تامل
فيه ويمكن استفادته مما دل على جوازه في البيع وكذا الكلام في المعاوضة لازمة كالصلح
المعاوضي خصوصا بعد ملاحظة فهم الاصحاب فينبغي ما عداها تحت اصالة
المنع ومنه الصرف لان له حصة منه زائدة على كونه معاوضة ما تفرع عن دخوله تحت
المناط المستنبط من تلك الادلة مما ذكرنا ظهر التفريع بين طريقتنا وطريقة فلا
في مسائل والله العالم واما الايقاعات فقد عرفت تصريح جماعة بعدم دخوله في ا
الطلاق والعتق والابراء بل الظاهر عدم الخلاف في عدم دخوله في الايقاعات مطلقا
وعلل بعض بان الشرط ما كان بين اثنين كما نبه عليه جملة من الاخبار والايقاعات
انما يقوم بواحد ورد بجواز شرط خدمة العبد مدة في عتقه وصحته مطلقا اوشرط قبول
العبد على الخلاف وكون الشرط بين اثنين ان اريد به الاحتياج الى الشارط والمشروط
عليه فهو متحقق في الايقاعات ايضا وان اريد الاحتياج الى الايجاب والقبول فهو

ممنوع بل

ممنوع بل الوجه في عدم دخوله فيها بعد الاغماض عن تفسير الشرط في القاموس
بالالتزام في ضمن البيع العقد المراد به مطلق العقد عدم قبول الايقاعات للفسخ شرعا او
الشرط لا يشرع امرا غير مشروع بل يفيد الالتزام بما كان مشروعا والبطلان ليس
فسخا بل حكم تعبدي شرعي قلت لا يخفى ان شرط الخيار هنا ليس بين الاثنين
حتى بالمعنى الاخير نعم اذا اشترط في الطلاق شيئا على المرأة مثلا فهو بين اثنين
لكن اثر الشرط ليس سوى التعليق المبطل اذ ليس فيه قبول حتى يترتب عليه الالتزام
والالتزام وشرط الخدمة في عتق العبد راجع الى الاستثناء معناه التعليق في العتق
ثابت في الجملة كما في التدبير معنا فالى كونه مبطلا للتغليب والاولى في عدم
قبول شرط الخيار ان يقال انه يصير حكم من اثبات السببية بالشرط لان الطلاق
ازالة لعقد النكاح في تدارك الخيار لا معنى له سوى احداث الزوجية بلا سبب من ذلك
يعلم ان الاقالة ايضا لا تقبل الخيار وان كان من العقود فكيف من الابراء والعتق
الحاصل ان شرط الخيار اذا افاد السببية لم يصح فافهم ومنه يظهر عدم الفرق بين الابقاء
والصلح القائم مقامه كالصلح عما في الذمة وان كان عقدا ومثله شرط الخيار في ا
الاقالة او الفسخ في المعاوضات فان الاظهر عدم الجواز وان كان في الاشتراط
عود الملكية التي لا مانع من احداثها بنفس الشرط اذ فرق بين شرط نفس الملكية وبين
شرط الخيار في اسبابها كالصلح والابراء والفسخ فان الاول لا مانع من جوازه نظرا
الى عموم ادلة الشرط بعد ما علم كونها مما يؤثر فيه الشرط بخلاف الثاني فان الرجوع
في الفسخ والابراء ليس شرطا للملكية فيكون وجودها بعد الرجوع بغير حاصل سبب
شرعي فافهم فكيف كان فالمسئلة لا اشكال فيها هذا كله في شرط الخيار مدة
معينة فلو شرطه بلا مدة او بلا تعيينها ففيه اشكال منشأه من الخلاف في البيع فان
قلنا بفساده في البيع ولعله الاظهر فلا اشكال في عدم جوازه هنا وان قلنا بجوازه
للاخبار كما عليه غير واحد ففيه اشكال من اختصاص النص بالبيع ومن الاشتراك

في المقنعة واجازه بعض مشايخنا في البيع ولم يجزه في الاجارة واما خيار الغبن
فعن فخر الدين في حاشية الارشاد والتنقيح والايضاح النافع عمومه ثالثه وعن
جامع المقاصد التصريح بثبوته في الصلح خلاف واشكال وعن المهذب البارع عدم
جريانه فيه وجهه على ما قيل ان الغرض الاصلي فيه قطع المنازعة فلا يشرع
فيه الفسخ وعن غاية المرام التفصيل بين الصلح المعاوضي والصلح على اسقاط ا
الدعوى قبل ثبوتها اذا ظهر حقية المدعي وكان مغبونا او الصلح على ما في الذمة
اذا كان مجهولا ثم ظهر من احدهما على نامل كلا الاقدام في هذين على رفع اليد من ا
الواقع كائنا ما كان فقد اقدم فيه على الضرر دون بعض التفصيل بين العقد الواقع
على وجه المسامحة بيعا كان او صلحا كما اذا اشترى دواء للمريض او ما يطلبها
بناء على التوصل الى المبيع من غير نظر الى مقابلته الى الثمن في المعاوضة فلا خيار له
للاقدام على المغابنة من دون التفات الى الزيادة والنقصان فلا يصدق الغبن
هنا عرفا وبين العقد المبني على المماكسة ويرد على الاول بان رفع المنازعة حكمة
لا علة فلا ينفع في المعارضات مع ان منافاة الخيار لغير التشاجر غير واضحة وعلى
الثالث ان الصحة المعاملة مع الغبن الفاحش في الصلحين المذكورين محل منع
للغش فكيف لا يثبت له الخيار ان حمل البطلان المستفاد من النص المتعلق بالغش
على عدم اللزوم او على البطلان الواقعي الذي لا ينافيه الصحة واللزوم
ظاهرا او مع صورة انكشاف خلاف اعتقاد المصالح فلا بد من المراجعة الى المسألة
في باب الصلح حيث ذكروا انه لو ظهر كون المصالح به كثيرا لم يخل وعلى الثالث ان
هذا الخيار في غير البيع انما ثبت من قاعدة لا ضرر ولا يعتماد على خيار المغبون حتى
يتبع صدق الغبن عرفا فانه مختص بالبيع ويعلم فيه ان الضرر ... المترتب
على المعادلة مع توطين النفس فذلك واحد هما عليه كالضرر العالم المقدم عليه
في عدم اقتضاء الخيار فالظاهر عدم ثبوت الخيار اذا كانت المعاملة مبنية على

المغابنة

المصالح عليه ازيد من ...

المغابنة دون المكايسة مطلقا بيعا كان او صلحا على اشكال في الاول لوجود اطلاق
النص لان البناء على المغابنة بمنزلة العلم بالعيب لغبن او بمنزلة اسقاط الخيار
تقديرا اي فرض اشتماله على الغبن واقعا فلا يندرج الغرض تحت النص على خيار
الغبن في البيع ولا ادلة نفي الضرر مضافا الى عدم الخيار بعموم نفي الضرر هنا من الشهرة
او تصريح جمع معتد به واما اذا كانت مبنية على المماكسة فلا مانع من ثبوت الخيار
للمطلق المنفي صلحا او غيره ومنه الاجارة الا ان يدعى عدم الخيار في خصوص الصلح
لما عرفت من الخلاف فيرجع الى اصالة اللزوم ويدفعه ان اريد بالاجماع الاجماع
والحاجة اليه ممنوعة وكذا الشهرة اذ لا ضعف في سنده وان اريد به فتوى بعض
الاصحاب فهو جابر شبهة مخالفة الاجماع فكيف تصريح من عرفت بعموم هذا
الخيار لكل معاوضة مالية من غير اخراج الصلح بل الظاهر منهم ان كل خيار قابل للثبوت
في غير البيع ثابت بادلة نفي الضرر ثابت في غيره ايضا والا كان عليهم التنبيه على الاختصاص
بالبيع مع عموم الدليل كما نبهوا على خيار المجلس مع ثبوته للبيع بالنص لا بادلة
نفي الضرر فتخصيص مالا دليل عليه سواها وما ذكرنا ظهر ثبوت خيار ا
العيب في جميع المعاوضات فضلا من الاجارة كما بالتصريح به فيما لو ظهر عيب
في الاجرة او في العين المستاجرة وكذا خيار الرؤية كما صرح به غير واحد في مسئلة
واستدل عليه الاستاد قده بانه لو لم يثبت الخيار فاما ان يكون العقد لازما
او باطلا والاول فاسد لان دليل اللزوم هو وجوب الوفاء بالعقد وحرمة
النقض وعدم الالتزام بالعقد في الفاقد للصفة ليس نقضا للعقد الواقع
على واجدها والثاني خلاف طريقة الفقهاء حيث ان الاوصاف عندهم ليست
من اركان المعاوضة وان كان دقيق النظر قاضيا بالفساد لعدم وقوع التراضي
على الفاقد فلا يكون مقصودا اقول ما ذكره قده في فساد الاول اعتراف بالحكم
من الاردبيلي صريحا ... على ظاهر المقنعة وبيه را المراسم وهمل نهاية حكاية

اعني الفساد في المعنى الغاية الموصوفة بحسب القاعدة والتعويل في الصحة على محض الاجماع وفيه تامل اذ الظ عدم الدليل على صحة العقود المشتملة على سبب الخيار سوى ادلة الجبائر الوفاء بالعقود وكيف يجوز الالزام بعدم دلالتها على الصحة والتعويل في اثباتها على الاجماع خروج عن طريقة الفقهاء ايض كما صرح به فيه في رد الاردبيلي وقد تقدم في صحة العقد مع فساد الشرط ما يأتي هنا حرفا بحرف فراجع مع ان الاستصحاب ايض يكفي في اثباته ولو لم يشمله ادلة الوفاء نعم ضرر الالزام بلزوم العقد يختلف الوصف الا انه مشتمل على الضرر فان عملنا بقاعدة الضرار امكننا التخصيص في ادلة اللزوم والا فلا مانع من جريانها كلا او بعضا لكن اثبات الخيار بالضرر يحتاج الى الجابر كما عرفت

الفصل الثالث في شرائطها

الاول ان يكون المتعاقدان كاملين بما يعتبر فيهما في البيع من البلوغ والعقل وجواز التصرف فلو آجر المجنون في حال جنونه لم ينعقد كما مر في البيع وكذا الصبي الغير المميز اذنا ولم يرام لا وكذا المميز الا باذن وليه فيصح وفاقا للمحكي عن مجمع البرهان وفيه تردد كما في القواعد ومن التحرير والحواشي والكفاية واحتمل الصحة كما في جامع المقاصد ومن مجمع البرهان الجبار ضعفه بنظر اولي ووصفه بالمعروف وجه الفساد دخوله تحت الصبي الممنوع من التصرف في النصوص والاجماعات ومنه يظهر وجه التردد والظ ان الاجارة والبيع من باب واحد جوازا ومنعا فتردد المص والعلامة هنا يكشف عن تردد هما في البيع الظ وجزما فيه بالفساد هناك لامكان تجدد النظر فلا عود ولا عجب نعم لو كان بناؤهما على الفرق بينهما كان عجبا اذ لا نص في المسألة كما في سائر المقامات المختلف فيها

منها الوصية وكان على المص ذكر شرط الاختيار ايض اخراجا للاجارة المكره وادخاله في الكمال كما فعله بعض تكلف مناف للاختصار في التفريع على خصوص البلوغ والعقل ويمكن الاعتذار بانه ليس من شروط صحة العقد بل هو من شروط تاثيره الفعلي وهذا هو المعنى ايض في عدم التعرض لكون العاقد مالكا

او ما دونا

او ما دونا **والشرط الثاني** ان يكون الاجرة معلومة بالوزن والكيل فيما يكال او يوزن لتحقق انتفاء الغرر وكذا العد فيما يعد وانما ذكرا عمدا على الاولين والدليل على اعتبار العلم هنا بالكيل والوزن هو الدليل على اعتبارها في البيع لاتحاد طريق المسلمين كما عن المختلف وغاية المراد والمهذب والمسالك وعن كشف الرموز بعد نسبته الى عمل الاصحاب الاستدلال بالخبر عن امير رضي بربه ان يقبلها قال لا وجه القبالة احدها ما يقبل من ارباب بشي معلوم الى اجل معلوم وعن التذكرة الاستدلال على العلم بانه عوض مال في عقد معاوضة فوجب ان يكون معلوما كثمن المبيع ولا نعلم فيه خلافا قال النبي صلى الله عليه وآله من استاجر اجيرا فليعلمه اجره والعلم يحصل بالمشاهدة والوصف الرافع للجهالة انتهى وهو الاستدلال لا يستلزم العلم بالكيل والوزن بل يقتضي عدمها وقال اقيل يكفي المشاهدة فيه نسبه في محكي المسالك الى الشيخ والمرتضى وجماعة ومن الظاهر جامع الشرايع موافقتهم ومن التحرير الميل اليه ومن حواشي الشهيد انه حسنة وهو ظاهر المحقق الاردبيلي في محكي المجمع واستقربه في محكي الكفاية وهو حسن عند المص هنا دون النافع اذ المحكي عنه ظاهر في موافقة الاولين للاصل المستند الى العمومات وخصوص الملاقات ادلة الاجارة واشتراط العلم لا ينافي الاكتفاء بالمشاهدة لانها ايض تفيد مرتبة منه واعتبار المداقة فيه بالكيل والوزن عار عن الدليل سوى القياس بالبيع ورده في الرياض بحل نقل الاجماع عن الغنية والخلاف وشرح القواعد على ان الجهالة لم يبطله الاجارة لعدم ارتفاعها بالمشاهدة في المكيل والموزون واحتمال الاكتفاء بارتفاعها في الجملة يوجب الشك في صحة الاجارة بدون الكيل والوزن وهو يكفي في اثبات الفساد وسقوط العمومات وغيرها وتبعه في ذلك غيره كما انت خبير بان سقوط العمومات واطلاقات اخبار الاجارة بمجرد احتمال اعتبار العلم الحاصل بالكيل

والوزن ومشاهدة والمرتبة الخاصة منها لا وجه له وان ارشد الى الجهالة بالغرر
بدونها فهو راجع الى الاول الممنوع وجود الدليل على منافاتها للصحة اذ ليس
هو الا النهي عن الغرر المختص عنه القائل بالبيع والمنصرف الى المعلوم ثانيا
ومن جميع ذلك يعرف وجه التردد والنظر والاشكال المحكي عن الارشاد والتحرير
وغاية المراد والروضة كالقواعد والاصح هو الاول لظهور الخبر المتقدم في الدليل
على اعتبار العلم في العوض المعتضد بالنهي عن الغرر ومعلم المروي في المسالك المشهور
المحققة وتوقف حصوله في خصوص المكيل والموزون والمعدود بالكيل والوزن والعد
كما تحقق في البيع نعم لو فرض حصوله بالمشاهدة كفى كما لو حصل بالوصف على نحو
ما ذكروا في البيع اذ المعاوضات على نسق واحد في عدم قبولها الغرر والجهالة
بالاجماع الذي ادعاه في الرياض هنا لكن الاشكال في خصوص البيع مبني
على كون اعتبار الوزن في الموزون مثلا حكمة في دفع الغرر فلا يلاحظ
حال العقد الشخصي بل يعتبر فيه الوزن مطلقا ولو ارتفع الغرر او علة وانما
هنا فالظاهر عدم الاشكال لان اعتبار الوزن في الاجارة لا دليل عليه سوى ما عرفت
وهي لا تدل الا على اعتبار العلم باي شيء حصل وانما يأتي الاشكال من الجهة
المذكورة اذا كان على اعتبار الوزن دليل خاص يتطرق اليه احتمال
الحكمة والعلة الا ما كان الدليل مختصا فانما دل على اشتراط العلم وارتفاع
الغرر ومن العجب اقتصار الماتن في اجرة الجعالة على الكيل والوزن واختار
قول الشيخ في الاجرة هنا فالظاهر ان خلاف الشيخ والمرتضى ليس مختصا
بالمقام اذ المحكي عن مبسوط الشيخ ان البيع والاجارة بنفس العقد بلا خلاف
محقق او ضعف ... المحكي عن ابي حنيفة ومالك وغيرهما من اهل
الخلاف فقالوا لا يملكها بنفس العقد بل انما يملكها شيئا فشيئا ...
المنفعة التي هي ... يملكها بين ... الطالبة بالحظة فالحظة وبهما

من مدتها

من مدتها بيوم فيوم ولا فرق في حصول الملك بالعقد بين شرط التأجيل وعدمه
خلافا لظاهر القواعد ولا بد من تأويله بارجاع الفرق الى تملك الملك من
استحقاق المطالبة على اشكال فيه ايضا لكن لا يستحقها المؤجر الا بعد تسليم
العمل بلا خلاف ولا اشكال او بعد تسليم العين بنفس عقد واحد منهما ولا يحتاج
ولا يتوقف على استيفاء المنفعة وان كان قضية المعاوضة التقابض
معا والفرق هو ان تسليم العين يجري مجرى قبض المنفعة والسر فيه ان
استيفاء المنفعة امر راجع الى المستاجر دون المؤجر فليس عليه شيء سوى تسليم
ما للمستاجر ان يستوفي منه حقيقة وليس كذلك في العمل فان العوض فيه انما
هو نفس العمل فعليه ايجاده دون المستاجر بخلاف مورد العين فاذا اسلمها
فلا يبقى بعد ذلك حق الحبس له واما العمل فان تسليمه يتوقف على وجوده كلا
دريجا بل استظهر من ظاهر المحكي من النهاية والخلاف والوسيلة والسرائر
مدعيا للاجماع خلافا في المسألة حيث حكم بوجوب تسليمها في الحال لكن
الظاهر ان مرادهم بالحال الدفعة في مقابل التدريج الذي عرفت انه مذهب
المخالفين بدليل اجماع السرائر فان وجوب التسليم بعد العقد في الحال
ليس باجماعي قطعا بل في المسالك دعوى الاجماع على خلافه ومنه يظهر خلاف
ما مع ان الخلاف ضعيف لان المحكي منهم بين استحقاق المطالبة ولزوم الاجرة
وشيء منها ليس صريحا في وجوب التسليم بل ولا ظاهرا بعد ملاحظة فتاوى
الاصحاب واطباقهم على عدم وجوبه وحالا وكيف كان فما في الرياض من جهة اشكال
ولانا ملزمه ليس للعامل الامتناع من العمل حتى يقبض كما هو المقرر في
الثمن والمثمن ولو قيل باشتراط حق الحبس الذي يقتضيه المعاوضة فيهما
كما في البيع لكان اقرب فان كان اجماع والا فلا لا امتناع ابتداء على حد سائر
المعاوضات الا ان يفرق بين الاجرة والعمل في كيفية القبض عرفا لان قبضها

ونحن لا يتحقق الا بعد قبض عوضه بخلاف العمل فانه تدريجي لا يتصور قبضه دفعة
واحدة فلو خيار له التاخير الى ان يقبض الاجرة كان ذلك حرجا عن مقتضى العقد
ولا يأتي ذلك في العكس لانه في ان تمام العمل يستحق التسليم من غير مهلة وتاخير بلا
خلاف ولا اشكال بلا صرح به في المسالك وغيرها حيث قالوا وجب مع الاطلاق
ومع اشتراط التعجيل لان تسليم احد العوضين يوجب السلطنة على مطالبة الآخر
ومنه يظهر ان الشرط هنا مؤكد صرف لا يزيد استحقاقا فانما يقتضيه الاطلاق نعم
يورث خيارا بخلاف الشرط كما في المسالك وغيره وقيل كان الزام من بعدم الخيار
وخرج خصيصا الاخبار وظاهره التردد بين القولين هنا وفيما لو شرط العمل قبل تسليم
العين او العمل مع الاعتراف بصحة شرط لزومه لعموم المخبر وفيه ان جريان
الضرر بالاخبار يأتي في مخالفة جميع الشروط السائغة ولا خصوصية لهذا
الشرط منها فالخيارات اما ابتداء او بعد تعذر الاجبار على الخلاف في مخالفة
الشروط والثاني لا يخلو من نظر لان مقتضى المعاوضة ان يكون لكل منهما حق
الحبس فاشتراطه خلافه مناف لمقتضى العقد لكن في مفتاح الكرامة دعوى الا
تفاق عليه بل نزل عبارة القواعد والحكم وما شابهها عليه حيث قال لعل المراد
باشتراط التعجيل اشتراطه قبل العمل وتسليم العين وهذا موضع وفاق لعموم
الخبر انتهى قلت انه موضع وفاق فلعله اشتباه ناش عن ملاحظة عموم الخبر
بعض المؤمنون عند شروطهم واما احتمال كون مرادهم من شرط العمل
ذلك فهو ابعد فاسد كما اعترفهم بعد ذلك فالاباب المتاخرين فهو ابعد
ذلك يعني فهموا اشتراطه بعد العمل والتسليم وهذا الذي نقلناه من
مفتاح الكرامة لا اطمئن به لكثرة غلط النسخة فراجع والعجب والعجب منه قال
الثاني الى ما في العبارة من الغرابة ان ذلك لا بد منه من الاحتمال الاول كيف
احتمله او هذا الا هل ادعي ان في شرط العمل قبل التسليم ليس منافيا

لمقتضى

حر اتفاق .. السلم صورة عدم العوض المعارن من ... حق الحبس ... عدم رجع احد ... ان كان ... الرجع ... ادعوا عدم ...

لمقتضى العقد لان العقد ساكت عن حكم التسليم فضلا عن تاجيله وتعجيله هو
مقتضيات الاطلاق المعاوضة فلا يترتب على الحق الحبس الا في صورة الاطلاق
فانه ولا فرق في الشرط المقتضي للخيار بين الاطلاق وتعيين مدة التسليم
خلافا لظاهر المسالك حيث قيد الحكم بثبوت الخيار مع الشرط بتعيين المدة وضبطها
ولعل نظره الى فساد الشرط مع عدم التعيين وانما يكون كذلك اذا اشترطه قبل تسليم
العين والعمل وفيه انه لا يكون ح شرطا مؤكدا الفساد ففي صورة كونه
مؤكدا بان اشترطه بعد التسليم لا فرق بين ضبط المدة وعدمها لان الاطلاق
التعجيل في الشرط ينزل على اول الاوقات لوجوب الحال التسليم الذي يقتضيه
الاطلاق العقد فالاولى نفي الجهالة له لا يوجب بانه مع ضبط المدة كان يقول
اشترطت عليك تسليم الاجرة في هذا اليوم يكون شرطا مقتضيا للخيار وانما
مع عدمها لا يكون شرطا بل يكون تاكيد محض وفيه ما لا يخفى ويجري مجرى شرط التسليم
فهل تسليم العين والعمل في لزوم استقرار العادة على ذلك كما صرح به بعض
مشايخنا فانا للحكي عن جماعة ولعله يلتزم به في تسليم المبيع ايضا وهو حسن
لو كانت يجري مجرى الشرط بان يكون سببا لانطوان العقد اليه والا فلا عبرة
بها ولو توقف العمل على اخذ الاجرة كالحج فلا اشكال في ثبوت الخيار ولو
مع الجهل بتعذر والتسليم وهل للاجير ايضا خيار في المسالك نعم وفاقا
للدروس وانكره بعض مشايخنا نظرا الى انه اقدم عليه قلت انه بنا
ببطلان مثل هذه الاجارة كما نقله في محكي مجمع البرهان عن بعض الاصحاب
لعدم القدرة على التسليم التي هي من شروط الصحة كما يأتي في هذه الاشكال
فيه مع سبق التوقف على العقد ولو كان العجز طارئا فقد يقال بعدم الانفساخ
ايضا كما اذا حدث عذر مانع من الاستيفاء بعد العقد مثل الغصب ونحوه والاظهر
الانفساخ مطلقا لان منع الغاصب والجاهل وجراه من الاعذار المانعة من

استيفاء المنفعة لا توجب انعدام المنفعة رأسا بل هي موجودة وإن عرض للمستأجر
مانع عن استيفائها كالمرض المانع من السفر الذي يعرض للمستأجر الدابة لأجله
وعن الحواشي إن وجب تسليم الأجرة قبل الحج متقول وإن لم يسلم كان له الفسخ ثم
لو لم نقل بالانفساخ فالظاهر ما ذكره بعض مشايخنا فلله من أن الضرر ورد عليه بانعدامه
فلا وجه لخياره مع أنه لا يتصور وجه ضرر هنا إلا أن يجري على هذا حكم الأجير الخاص
الذي لا يجوز له العمل لغير المستأجر وإلا فلا ضرر عليه ولو شرط التأجيل فيصح
بشرط أن يكون معلوما سليما عن الغرر والجهالة المعلوم أدلة الشرط بعد كونه
سائغا غير مناف للعقد لأن استحقاق المطالبة لا يتأتى على مقتضاها ولا مانع من التزام
إلى أجل معين بالشرط كشرط العتق في البيع وقد يتوهم أنه كشرط عدم البيع والهبة
لا كشرط العتق والبيع من غير البائع ولولا الإجماع المحكي عن الغنية والتذكرة
المعتضد بنفي الخلاف في محكي المبسوط لم يكن الوهم بعيدا كما ذكرناه سابقا حيث جعلنا
أمثال ذلك من منافيات هذه العقود إلا أن يتمسك في إخراج هذا من مقتضيات
الهبة بما ثبت في البيع من جواز التأجيل أو يقال إن المطالبة ليست من أحكام
العقد بل من أحكام الملك فيتبع سببه مطلقا كانت من أحكامه وإلا فلا ولا ريب
أن شرط التأجيل يوجب اختصاص الملك الذي أنشأه بالعقد وصار سببا
عنه بالملك الذي لا يقتضيه المطالبة إلى رأس الأجل وكيف كان فلا فرق في صحة
التأجيل بين الإجارة الواردة على عين شخصية كهذه الدار أو على كلي في الذمة
كسكنى الدار الموصوف أو خدمة عبد كذلك وعن بعض العامة المنع هنا لاقتضائه
بالسلم فإنه لا يجوز شرط التأجيل في ثمنه وهو باطل عند الأصحاب لأن الإجارة
ليست سلما عندهم نعم في محكي التذكرة لو قال أسلمتك هذه الدنانير في دابة
تحملني إلى موضع كذا لم يصح سلما ولا إجارة إجماعا والظاهر رجوع دعوى الإجماع
إلى عدم صحته سلما أولا مانع من انعقاده إجارة بناء على التوسعة في جميع العقود

كما مر كذا

كما مر وكذا يصح الشرط ويلزم لو شرطها أي الأجرة في نجوم على نحو التقسيط كما
دل عليه خبر إبراهيم بن محمد الهمداني الواردة في بطلان الإجارة بموت الموجر
وتقدم وإذا وجد المستأجر عيبا في الأجرة سابق على القبض قبل العقد أو
بعده كان له الفسخ إذا تعذر الإبدال أو المطالبة بالعوض إذا لم تتعين وإن كانت
الأجرة كلية مضمونة في الذمة بلا خلاف في شيء من الحكمين أما الأول فلأصالة السلطنة
على الفسخ مع تعذر الإبدال فلتعين التسليم ولا الانتظار إلى إمكان الإبدال
ضرر لفوات المقصود في زمان الانتظار مضافا إلى عدم الخلاف ولا اتفاق
المحكي وله الإمساك بالأرش على ما صرح به غير واحد منهم الشهيد في المسالك وهو
مبني على ثبوت الأرش مطردا في كل عيب في البيع وغيره ويأتي الكلام فيه في الإجارة
المحكي عن الغنية ومع ذلك ففيه إشكال لأن التعذر لا يقتضي تعيين الأجرة
الكلية في المعيب غايته ثبوت الخيار له فإن كان إجماع وإلا فهو كالمعلوم
والمتجه أن له الخيار بين الفسخ والإمساك وأما ما قيل في توجيهه أن الكلي
يتعين بالمال وقبض المسمى كما في الأخماس والزكوات والديون فإذا تعين
ثبت له حكم العيب في العوض وهو الأرش ففيه مضافا إلى المنع من التعيين
عند هذا القبض الناشئ عن اعتقاد مطابقته لما في الذمة النقض بصورة
تمكن الإبدال التي صرحوا فيها بعدم الأرش بل بعدم الخيار أيضا وإن كان له
الإبدال وأما الثاني وهو الإبدال خاصة مع التمكن فالظاهر أيضا مع عدم
الخلاف كما هو الظاهر وإن كان محلا للإشكال لأن مقتضى تعين ما في الذمة فيه
جريان حكم العوض فيه وهو الخيار بين الفسخ والإمساك دون الإبدال
وفي ثبوت الأرش مع الإمساك ما مر من ابتنائه على كونه مطردا في المعاوضات
وما يشبهها كالخلع والنكاح وبالجملة الفرق بين صورتي تعذر الإبدال
والتمكن كما في القواعد وغيره محرر غير ظاهر الانطباق على القاعدة لأن تعين

الكلي في الفرد الكلي بين الفردين كان مقتضيا لصيرورة الفرد نفس العوض الواقع عليه
العقد كان اللازم الالتزام بالارش في الموضعين بناء على ثبوته في المعاوضات
مطلقا ولما كان اللازم الانتصار على الخيار بين الفسخ والامساك مجانا فيهما فلا وجه
للارش في الاول ولا الابدال في الثاني وقد يذب عن الاخير بمنع الابدال بان
تعيين ما في الذمة يجري مجرى العقود لانه معاوضة في المعنى فلا فيلاحظ الفسخ
في الوفاء ومقتضاه السلطنة على الابدال العود الكلي بعد الفسخ الى ما كان عليه
قبله فيتعين ثانيا في فرد اخر ولا يلاحظ في نفس العقد حتى يكون له الابدال
دفير تكلف واضح ثم الظ في الصورتين صيرورة المبيع ملكا له بمجرد القبض لان الابدال
والفسخ والارش كلها ظاهرة في حصول الملك المتزلزل بين وحملها على
الملك الظاهري خروج من المصطلح وبظ الثمرة في النماء المتخلل بين القبض
والابدال او الفسخ بين منيء وهو ان التخيير بين الفسخ والمطالبة بالعوض اي
الابدال في الاجرة المضمونة على اطلاقه كما يقتضيه ظاهر المتن وغيره بعيد جدا و
ولهذا حملنا وفاقا للشراح الفسخ على صورة التعذر والعوض على صورة التمكن
كما هو الغالب ويراد بالفسخ فسخ التعيين ويجعل قوله والمطالبة بالعوض
بيانا او توضيحا للمراد بالفسخ او يحمل على صورة التعذر ويبقى الفسخ على ظاهره
ولا ضير الا ان الابدال ح موقوف على التراضي والا فليس له الا الارش بناء
على ما ذكر في القواعد نعم يتم ما ذكر في الابدال مع التعذر بناء على اختصاص الارش
بالاجرة المعينة وكيف كان فلا يخفى ما في العبارة من الاعوجاج هذا اذا كانت
الاجرة كلية في الذمة واذا كانت جزئية معينة كان له الرد والارش بلا خلاف
فيه اما الرد فهو مقتضى خيار العيب الذي لا اختصاص له بالبيع كما للضرر
واما الامساك مع الارش فلا دليل عليه سوى الاجماع لانه مخالف للقاعدة
ثبت في البيع بالنص والاجماع اذ الارش عبارة عن استرداد جزء من ا
العوض

العوض في مقابل صفة الصحة واد له الخيار لا اشاعة حتى لو جعلنا صفة الصحة بمنزلة
الجزء على خلاف سائر الاوصاف لان مقتضى الجزئية بطلان المعاملة بالنسبة الى ما
يقابلها كما في تبعض الصفقة ومقتضى البطلان بالنسبة تعين الارش وعدم السلطنة
على الامساك مجانا وعدم جواز التدارك من غير العوض الا بمعاوضة جديدة
ورضا من ذي الخيار فحكم صفة الصحة حكم تعبدي ثابت في البيع خارج عن حكم الاوصاف
من حيث عدم ثبوت الارش فيها وثبوته فيه واقتضاء فواتها الخيار ذكرت في العقد
او لم يذكر بخلاف سائر الاوصاف وخارج عن حكم الجزء ايضا لما عرفت من ان الجزء لا
يجامع امساك المبيع الفاقد تمام العوض ولا تسلط عليه من عليه الخيار واذا صار
ذو الخيار الامساك مع التدارك على تداركه من غير ما يقابله من العوض فلا
بد من التامل والنظر في تحصيل الاجماع على اطراد الارش في جميع المعاوضات اذ لا
خصوصية بين الاجارة من بينها وان تقاربت من البيع والذي يظهر من الاصحاب في غير
الباب الاطراد وقد صرح المص بثبوته في عوض الهبة وعوض الخلع ومال الكتابة
وكذا في حكى الشهيد كما في عوض الهبة على وجه الاستقراب دون الجزم وصرح
في المسالك ايضا بثبوته في المهر وفي حكى الروضة بثبوته في الصلح على وجه قوي
فان حصل الاطمئنان على هذه الفتاوي ونحوها مما يظهر للمتتبع فلا اشكال والا
فالمتجه الاقتصار فيه على خصوص البيع ومن هنا اورد على بعض مشايخنا حيث
قال بالارش في بعض هذه المواضع وهو الاجارة والخلع والكتابة والهبة دا
واستشكل في اخر كالمهر وتوقف في اخر كالثالث كالصلح بان الاجماع على
التعدي ان كان ثابتا عنده فلا وجه للاشكال او التوقف والعدم في بعض الموارد
والا فلا وجه للقول به في الاخر فلمتا وهذا الايراد وارد على الشهيد الثاني
ايضا حيث عرفت ان ظاهره في الصلح التردد وبناء الثبوت على وجه قوي وفي
المهر وغيره الجزم ويمكن الاعتذار عنهما بعد اختيار الشق الثاني اعني

طرفي التقض اد [illegible] ردعي الثمن
بالنسبة ولا يحو [illegible]
[illegible] الاعمالة جديدة ٥

والعدد وطايته وعوطانه
وعوض الخلع ٥

عدم ثبوت الجامع للاجماع على الاطراد كلية على وجه يكون قاعدة في نفي الضرر ثبوته
مطلقا لكن يحتاج العمل بها الى الجابر فيقتصر في القول به على مورد جبره او قلنا بان الرد ثابت الا انا
لجزم بالجابر المتحقق بعدم الرد وهذا هو الوجه لان العمل بالاجماع على الكلية
دون موارد الفساد ومخالفة من عرفت من الاصحاب في المواضع التي صرح به فيها
جلهم ايضا مشكل وطريق الجمع هو القول به للضرر في موضع نصوا عليه دون غيره
لكن ان تم هذا الاستدلال لو انهضت نفي الضرر دليلا على اثبات الارش بها كما لا يخفى
فان اقتضاه ثبوت الخيار به دون الارش يبقى شيء وهو ان الارش في غير المعاوضات
لا بد ان يكون معناها التخيير بينه وبين اخذ البدل من المماثل والقيمة كما
صرحوا به في تلك المواضع مشكل لانه خروج عن قاعدة الارش بناء على استناده
التعدي منهم الى فهم المناط من ادلة البيع خروج ايضا عن القاعدة النافية للضرر
بناء على ما ذكرنا من الوجه نعم صرح العلامة في كتابه بالخيار بين قبوله للعيب وابطال
العتق المحكوم به قبل ظهور العيب وعن العلامة الاشكال في البطلان وكذا
عن المحقق الثاني في حاشية الكتاب مع تقويته عدم البطلان والظاهر انه لكون
الكتابة عندهم تجري مجرى المعاوضة بخلاف الخلع والنكاح فلا سبيل الى الفسخ
فيهما واما الخيار بين الامساك بالارش والبدل مع ما عرفت من الاشكال ا
لقاضي بتعيين الارش فالعلة وجهه ان العيب لما لم يكن مقصودا لم يتعين عوضا
وان كان مضمونا كما لو خلع على خل فبان خمرا فان المصنف حكم فيه بصحة الخلع و
بمثله خلا بناء على كون الخل من المثليات ولكن الكلام في المهر ثم مقتضى
الضمان تدارك المالية والامساك بالارش ايضا طريق من طرق ا
التدارك فمقتضى القاعدة في المقامات المذكورة ان يكون طريق التدارك
بيد القابض لان المعيب بمنزلة التالف فيجب البدل قيمة او مثلا واما الارش
وهو ايضا طريق التدارك مع الصبر على المعيب فيكون الارش في غير المعاوضات

موافقا

موافقا لقاعدة ضمان اليد بعد ان كان المعيب بمنزلة الجزء واما في مثل
الاجارة والصلح المعاوضي فهو مستفاد من دليله في البيع كما استفاده
في الثمن مع اختصاص الادلة بالمثمن ومما ذكرنا ظهر ان دعوى مخالفة ثبوت الارش
في المهر للقاعدة غير واضحة كما ان الرد في الصلح دون الاجارة كما عرفت من ا
الشهيد الثاني ايضا في محله لان الاجارة بيع حقيقة وان كان متعلقه بالمنافع
فاتي فيها ما يأتي في البيع ظاهرا فافهم واما الصلح ونحوه مما ليس هو من العقود
الموضوعة للمبادلة واكتساب المال ففي الحاقها بالبيع نظر واضح من اختصاص
الادلة بالبيع ومن تنقيح المناط في خصوص المعاوضات لاسيما ورد اقالة المستاجر
بالاجرة وكان متعلق الاجارة معيبا حينئذ فسخ الموجر انشاء وان شاء له الارش
وهذا اشبه بخيار التفليس واصله البيع وقد دل عليه النص والاجماع ففي النبوي
المعروف عند الاصحاب اذا افلس الرجل ووجد سلعته فهو احق بها وفي الصحيح
عن الرجل تركبه الديون فيوجد متاع رجل آخر عنده قال لا يحاصه الغرماء
وفي الاخير دلالة على اختصاص الخيار بما بعد الحجر اذ ليس قبله محاصة الغرماء
وكذا في الاول بناء على ظهور الافلاس في الممنوع من التصرف كما عليه اصطلاح
الفقهاء وفيه تامل الا ان الامر بعد الاجماع سهل انما الكلام في التعدي عنه
الى الاجارة كما عن اساطين الفقهاء المصرح به بل نفى عنه واحد من مشايخنا ا
الخلاف فيه ولعل ذلك لتنقيح المناط والغاء خصوصية العين ويمكن ادخال
اجارة العين الجزئية المعينة في المنافع والسلعة حقيقة مسامحة واطلاق
اجارة الكلية كالكاري يوجر دابة موصوفة بها بالاجماع المركب وان كان
للنظر في كل من الملحق والملحق به مجال اذ لا اجماع نعم لو افلس الموجر في
هذا الفرض قبل تسليم العين وكانت الاجرة ما فيه دخل تحت الاخبار على فرض الافلاس
المسلم اليه في السلم مع بقاء عين الثمن بعد اختصاصها بالبيع ولا بالبائع لعموم

من وجد سلعته فيأتي في حق المشتري وفي حق الزوجة ويتم في افلاس المستاجر
بالاجماع المركب ولو افلس الموجر وكان متعلق الاجارة العين الجزئية لم يكن
للمستاجر خيار لسلامته عن مزاحمة الديان كما لو باع المفلس قبل الحجر فان المبيع
لا يتعلق به حق الديان فلا وجه لخيار المشتري وكذا لو رهن شيئا فانه للمرتهن تقديمها
عن حق الغرماء الا فيما يفضل بعد الوفاء نعم يتعلق حق الديان بالعين المستاجرة
فلهم بيعها مسلوبة المنفعة ولهم ادخالها في القسمة ولهم الصبر الى انقضاء الاجارة
قال بعض مشايخنا انه هل يبقى الحجر مستمرا عليه الى انقضائها احتمال والاقوى عدمه
قلت ويحتمل قويا بل هو المتعين ظاهرا ان يكون المراد ببقاء الحجر بقاؤه بالنسبة
الى الديون التي استجدها المفلس على ذمته المحجور من الاموال الغير الحاصلة
الجرائية الى ان يحصل ثم يزيد الحجر مع حكم الحاكم او بدونه على الخلاف ووجه
الاوجه هو ان اخذ الغرماء العين المستاجرة بعينها لهم بمنزلة الاداء وان تاخر
بيعها فيجب اخذ العين بدل الحجر سواء اخذوها وفاء عوض دينهم او ارادوا
بيعها واستيفاء الدين من ثمنها او اخذه بقاء الحجر فهو ان الزوال مشروط
بالقسمة والاداء الغير الحاصل في محل الفرض والاقوى الثاني وان صح عدم بقاء
دين يزيد عن مقابل العين المستاجرة واختصاص الحجر بالاموال الموجودة بناء
على شرطية الاختصاص ولو بالتصريح ولو افلس المستاجر وكان متعلق الاجارة
عينا كليا ونحوها قبل القبض معينا او بعد القبض ففي المسالك كان للموجر ابطال الخيار وتبعه
بعض مشايخنا فيه مستدلا عليه بالاولوية من اجارة العين الجزئية المسلمة وفيه
منع الاولوية كما لا يخفى واما اللازم ففيه ان حق التحابس ثابت لكل من المتعاقدين
رضين فللموجر الامتناع من تسليم العين حتى يقبض الاجرة فلا وجه لثبوت
الخيار نعم لو كان ذلك بعد تسليم العين وتلفها امكن ثبوت الخيار للموجر
كما من البيع والدين فيما سلم المبيع وتعذر تسليم الثمن ويحتمل العدم

كما في المسالك

كما في
المسالك في مسئلة حينئذ والتاخير من جامع المقاصد لاصالة اللزوم وان اراد الحجر
عن التصرف في العين المستاجرة على احتمال ضعيف فوجه العدم انه منع المفلس
من التصرف اذا كان فيه مزاحمة حق الغرماء وان ارادوا مزاحمتهم فاذا فرض عدم
تعرضهم للعين فعلا لا عينا ولا قيمة كان تصرف المفلس المالك سالما عن المانع
وليس لهم حبس العين بل لهم مجرد استيفاء حقهم منها فاذا امتنعوا من الاستيفاء
اختيارا او اضطرارا لعدم وجود المشتري ونحوه عدم قابليتها للقسمة لم يكن
مانع من تصرف المالك ووجه احتمال بقاء الحجر هو الاستصحاب وكون الانفكاك
الى زمان وجود المشتري ابعد من مقدمات الاستيفاء التي لا اشكال في سلطنة
الغرماء عليها هذا الحجر ولو كان متعلقها عينا كليا مضمونا فان كانت كليا
مضمونا فان كانت الاجرة باقية ثبت للمستاجر خيار المفلس وان كانت ناقصة
ففي ثبوت الخيار وعدمه للمستاجر وجهان بل القولين في السلم وقد هنا
بعدم الخيار ولو قلنا به في السلم لانه ليس كالسلم قلت وهو حسن لان
ثبوته في السلم مع عدم وجود راس المال ليس من جهة حجر المفلس بل
لانقطاع المسلم فيه بناء على عدم الفرق بين الانقطاع الحاصل وعدم
الوجود او ثبت انه افلاس المسلم فيه ومن منع ثبوته بناء على اختصاص دليل الخيار
بالخبر بالقسم الاول فلا وجه لقياس المقام بالسلم نعم يمكن اثبات الخيار
لاجل تعذر التسليم بناء على عموم العلة للتعذر الناشئ من الحجر ولو
كان الافلاس قبل اخذ الاجرة فان كانت الاجرة جزئية تخير المستاجر
للضرر وان كانت كلية مضمونة مثل المنفعة احتمل ثبوت الخيار كما ذكره
عدمه لمكان حق التحابس المانع عن لزوم العقد ولو كان على الدابة
المستاجرة حمل للمفلس فالواجب على الموجر بعد الفسخ ابقاء الحمل الى
المامن مع الاجرة مقدما لها على حق الغرماء لانها لمصلحتهم كاجرة الكيل و

ذا الوزن وكذا لو كان المستاجر ذا كبا وجب ايصاله الى الكنّ حفظا له عن الهلكة
كما عن المسالك وربما عدل عن هذا التعليل الى ان هذا داخل في الانفاق والذي
هو مقدم على الغرماء ولما في الاول من المنع لان حفظ النفس نسبته الى جميع المكلفين
على حد سواء وفيه نظر لا لما في الانفاق ايضا انما هو لاجل حفظ النفس فينبغي ان لا
يتقدم على الغرماء ومنه يعلم انه لو توقف حفظ النفس على بذل مال قدم على الغرماء
ولا يجب على كفاية لمن لا مال له ولو كان اجرة الوصول الى الحق فيقدم الاجرة
المسماة في الاجارة فيعمه ما تقدم ذكره عند التخارج للوجه ووجوب امضاء العقد
عليه وهو قريب وان انكره بعض مشايخنا ومنها ايضا ما حاصله انه لو تعلق
المال ووشادة مصلحة داجرة تجري في سلوك الرشاد وان كان الاولى سلوك
ما هو اقرب الى المقصد وان تساوت مصلحة واختلفا اجرة تعين الاقل
اجرة وان اختلف المصلحة وتعارضت مصلحة المفلس ومصلحة الغرماء وجب
مصلحة المفلس الى غير ذلك من الفروع التي ذكروها في باب المفلس ومن اراد
الاطلاع فليراجعه ولا فرق في هذا الخيار بين وجود الكل والبعض كما صرح
به غير واحد من غير خلاف واشكال فلو افلس بعد استيفاء بعض المنفعة
او استوفاه بعد التفليس تخير في الباقي فان امضى ضرب بجميع الاجرة
مع الغرماء وان فسخ ضرب من الاجرة المسماة نسبة ما استوفى من المنفعة
سواء فسخ البعض اما لاختيار التفليس او فسخ في الكل بعوض فانه يقرب بالاجرة
المسماة بالنسبة الى ما مضى لا باجرة مثله لان فسخ الاجارة بعد استيفاء
بعض المنافع يوجب الرجوع الى الاجرة بالنسبة وان كان مقتضى المقايسة على
البيع رجوع المستاجر الى قيمة المنفعة المستوفاة لو فسخ الكل ولعله لامتناع
دخول المستوفاة في ملك الفاسخ بعد فناء المنفعة والانعدام بخلاف ا
العين التالفة فانها مملوكة ... وحكم الكون حال التلف ظرفا لوجودها

ومعدوما

ومعدوما لوجود المنفعة فاستحيل فرض الملك في المنفعة دون العين وان كان فيه
للنظر مجال ولا يجوز ان يوجر المسكن ولا الخان ولا الاجير بالفتح باكثر مما استاجره
الا ان يوجر بغير جنس الاجرة او يحدث ما يقابل اما عدم جواز المسكن فيدل
عليه روايات منها خبر ابي الربيع الشامي عن ابي عبد الله عليه السلام قال سالته عن ا
الرجل يتقبل الارض من الدهاقين ثم يوجرها باكثر مما تقبلها به ويقوم فيها بحظ
السلطان فقال لا باس ان الارض ليست مثل الاجير ولا مثل البيت ان
فضل الاجير والبيت حرام الخبر ومنها خبر ابي المعزا عنه عليه السلام في الرجل يستاجر
الارض ثم يوجرها باكثر مما استاجرها فقال لا باس ان هذا ليس كالحانوت
ولا مثل الاجير ان فضل الاجير والحانوت حرام ومنها خبر ابراهيم ابن المثنى
سال ابا عبد الله عليه السلام وهو يسمع من الارض يستاجرها الرجل ثم يوجرها
باكثر من ذلك قال ليس به باس ان الارض ليست بمنزلة الاجير والبيت ان
فضل البيت حرام وفضل الاجير حرام الخبر في الاخبار والاستثناء لانه ايضا
دلالة المدعى وفي حسنة الحلبي في الرجل يستاجر الدار ثم يوجرها باكثر مما استاجرها
قال لا يصلح ذلك الا ان يحدث فيها شيئا او يردها في محكي جامع المقاصد
ابدال الدار بالبيت فان البيت جزء من الدار لانها اسم لمجموع البناء والعرصة
وهو اسم لخصوص البناء والحانوت على ما عن القاموس في مادة حنت دكان
الخمار او مطلق الدكان كما ذكره في مادة صنعه والاجير وانما عبر المصنف بالمسكن
مع عدم وجوده في الاخبار تنبيها على المناط المستنبط من الحانوت والدار
وكان عليه ان لا يذكر الخان بعد المسكن اذ لا فائدة في ذكر الخاص بعد
العام هنا ولعله لدفع انصراف المسكن الى الدار ويشكل في التعدي الى
في الحكم المخالف للاصول وان قيل انه اسكان فيه دعوى ظهور المسائل النقل
الى الوجه للخبران لا يكون هذا استاجر رحا فعدها ثم اجرها باكثر مما استاجرها

الا ان يحدث فيها ونحوه بحيرة الحسن او الصحيح نعم لا باس بالكراهة هنا عادا كما
تشكل التعدي الى السفينة وان دل عليه الخبر لا باس ان يستاجر الرجل الدار
والارض والسفينة ثم يؤاجرها باكثر مما استاجرها به اذا اصلح شيئا لان البأس
المدلول عليه بالمفهوم ليس له ظهور في الحرمة واقترانه مع الدار معارض منطوقا باقترانه
مع الارض التي حكموا على المنع الكراهة واما عدا الامور المذكورة فان كانت العين
المستاجرة فالاخبار فيها متعارضة وطريق الجمع هو الحمل على الكراهة هنا اما الجواز
فيدل عليه ما مر من الاخبار وغيرها واما الكراهة فالمنهي عنه في روايات
منها رواية اسمعيل ابن فضل الهاشمي عن ابي عبد الله عليه السلام قال سألته عن
الرجل استاجر من السلطان من ارض الخراج بدراهم مسماة وبطعام مسمى
ثم اجرها وشرط لمن يزرعها ان يقاسمه النصف او اقل من ذلك او اكثر وله في الارض بعد
ذلك او اكثر وله في الارض بعد ذلك فضل ان يصلح له ذلك قال عليه السلام نعم اذا
حفر لهم شيئا او يعينهم بذلك ولا يقدح في ذلك لانها المنع اختلاف جنس
الاجرة ومغايرة المزارعة للاجارة وهو غير ما نحن فيه امنع الكراهة
مع اتحاد الجنس لدلالتها عليه بالفحوى والاجماع ظاهرا على انه اذا كره مع
الاختلاف كره مع الاتحاد قال وسألته عن الرجل استاجر ارضا من ارض الخراج
بدراهم مسماة او بطعام معلوم فيؤاجرها قطعة قطعة او جريبا جريبا بشيء معلوم
فيكون له فضل فيما استاجر من السلطان ولا ينفق شيئا او يؤاجر تلك الارض
قطعا على ان يعطيهم البذر والنفقة فيكون له في ذلك فضل في اجارته وله تربة
الارض او ليست له فقال عليه السلام اذا استاجرت ارضا فانفقت فيها شيئا او رممت
فيها فلا بأس فاتقبلها بالف درهم فاما تقبلها بالفين فلا يجوز قلت لم قال
لان هذا مضمون وذلك غير مضمون وفي خبر اسحق ابن عمار عنه عليه السلام اذا تقبلت
ارضا بذهب او فضة فلا تقبلها باكثر مما تقبلتها به لان الذهب والفضة مضمونان ونحوه

ونحوه المروي عن ابي عبد الله عليه السلام تقبل الارض بالثلث والربع فاقبلها بالنصف قال لا باس به

[illegible]

المروي عن

المروي عن الصحيفة عن ابي بصير مثله لا مضمونان بمصمتان بالصاد المهملة كذا
قيل والظاهر انه اشتباه بل غير بدل مضمونان بمضمنان بالضاد المعجمة ولعله انكر استعمال
ضمن فينبغي ان يكون بالصاد وفيه نظر وكيف كان فهو واضح الدلالة على عدم
جواز طلب الفضل في اجارة الارض مع عدم احداث الحدث وقد عرفت انه
في رواية الصحيفة الزيادة في اجارة الارض بالاصلاح وفي غيرها الظاهر دلالته على
المنع كما لا يخفى على المراجع الى الاخبار واما غير الارض وغيرها من الامور المذكورة فالحكم
فقد عرفت في خصوص الرحى والسفينة ما عرفت واما غيرها من سائر الاعيان فليس
في الاخبار عموم يشملها الا ان يستنبط منها وما ورد في تعليل لاجير مناط مطرد وهو غير بعيد
خصوصا والحكم الكراهة وسيما بعد صدق الربا على مطلق الزيادة لغة وان لم
الصدق عليها في لسان الفقهاء بل يأتي تأويل جماعة من الاعيان في المنع عن
طلب الزيادة على نقد بانه ربا وان كان ضعيفا كما يأتي واما كلمات الاصحاب فلم
نجد فيها من نص في المسألة نعم في الرياض ان الظاهر عدم الفرق بين الارض وغيرها
من الاعيان تحريما وكراهة بين الفريقين وفحواها لكلام الكل نقل القولين فيه
التحريم والكراهة في الارض وغيرها وفي القواعد جعل العنوان في اجارة
العين باكثر مما استاجر وعن الغنية الثالثة اعني القائلين بالجواز من غير
تصريح بالكراهة انه الظاهر عدم الفرق بينهما ومع ذلك في وجود القول بالكراهة
في غير الارض بين الاصحاب اشكال لان الظاهر عدم مرادهم بالغير خصوص الاعيان
الواردة في النصوص اعني المسكن والحانوت ونحوها مما تقدم لا مطلق الاعيان فلا
وجه للقول بالمنع حرمة او كراهة في مثل الثوب والدابة مع عدم الاطلاق
في شيء من النصوص واستبعاد القول بالحرمة فيهما ونحوها جدا كلام المانعين
في خصوص المسكن والحانوت على المثال كما هو مقتضى ما في الرياض من استظهار
عدم الفرق بين الارض وغيرها والامر في الكراهة سهل كما لا يخفى وانما

التي لا نظر في الحرمة اذا الظاهر ان حكم اجارة الدار به مثلا باكثر مما استاجر عند الاصحاب
واحد وهو الجواز ولا يأبى فيه النزاع في الحرمة والكراهة ودعوى اختصاص الاولى اي
الحرمة بغيرها واما الكراهة فهي ثابتة فيها ايضا عند القائلين بها مشكلة بل فاسدة
فافهم وبذلك يبقى شيء وهو مقتضى خبر الحلبي وما يعطي اختصاص النهي بالاجارة
وعدم ثبوته في المزارعة لان تقبل الارض بالاجرة المضمونة هي الاجارة كما ان استيجارها
بنصف الحاصل او الثلث او غيرها هي المزارعة فيكون مفاد هذه الاخبار
ان طلب الفضل بالمزارعة جائز وبالاجارة غير جائز حرمة او كراهة والظاهر ان هذا
خرق للاجماع المركب لان القائلين بالمنع والجواز سوى الشيخ في محكي النهاية وابن
القاضي في محكي الكامل لم يفرقوا بين الاجارة والمزارعة ونقص عنه بعض مشايخنا
تأكيد الكراهة في الاجارة وعدمه في المزارعة لان الخبر الاول اعني خبر الحلبي
سبق ما فيه المنع من الزيادة في الارض مطلقا ولو مزارعة كما لا يخفى وهو حسن على
القول بجواز طلب الزيادة في الارض اذ بعد ملاحظة ثلث طوائف من الاخبار
يظهر ذلك احدها ما دل على جواز طلب الزيادة في الارض كالاخبار المفصلة
في حرمة فضل المسكن والاجير المصرحة بان الارض ليس مثلهما وثانيها ما دل
على المنع من طلب الزيادة حتى في المزارعة كخبر الهاشمي وثالثها ما فرق فيه بين الاجارة
والمزارعة بالمنع عن الاول والجواز في الثاني فيجمع بعضها الى بعض يظهر الفرق
بينهما بالتاكد لكن فيه ان ظاهر الاصحاب كلا او جلا انه لا ان طلب الزيادة في الارض
جائز او ضعيف منا ذكراهة لا تفاوت فيه بين ان الزيادة بعقد الاجارة التي
تمليك المنفعة بعوض معين مضمون او غير مضمون او بعقد المزارعة التي هي
تمليك لها بحصة مشاعة من الحاصل وثانيها ان الفرق بين الكراهة الشديدة
والخفيفة بالرخصة والمنع في غاية البعد والاستنكار وان ارتكبه الاصحاب
في كثير من المكروهات الجا وثالثها انه لا فرق في اجارة الارض بين كون الارض

كلية

٢/١/

كون الارض كلية مضمونة او جزئية خارجية الا ان تفسر الضمان بما يعم الاجرة
الجزئية الخارجية وهو التعهد اذ المستاجر متعهد للاجرة جزئية كانت او
كلية بخلاف الزارع ورابعها ان الفرق بين الاجارة والمزارعة بضمان الاجرة
وعدمه ينقض الحاق الصلح بالاجارة اذا كان مال المصالحة شيئا مضمونا ولا
اظن قائلا به الا ان يمنع الالحاق لان غاية ما يقتضيه العلة المنصوصة التعدي
من الذهب والفضة الى كل مضمون دون التعدي من الاجارة الى كل عقد اذ
اشكل بعض التعدي من الارض الى غيرها من الاعيان كما يأتي في ادلة المانعين
فكيف يجوز التعدي والحاق الصلح بالاجارة ولعله لاجل ما ذكرنا كلا او
بعضا او لشدة مسامحتنا في الريبة رفض خبر الحلبي وما بعده مما اشتمل على
التعليل المذكور والفرق المذكور المزبور الى ما هو في غاية الركاكة حيث قال
ان المراد به الفرق بين قسمي المزارعة فان كانت بالذهب والفضة اي باجرة
مضمونة خارجية عن الحصة المشاعة بطلت لان شرط المزارعة ان تكون العوض
حصة منها مشاعة والا بطلت قال ولولا هذا الاحتمال لدخلت هذه الرواية
في الشواذ اذ لم يفرق احد بين الذهب والفضة وغيرهما انتهى اولا ان الفرق
بينها وبين غيرها مذهب المفيد والشيخ وابن البراج في محكي المقنعة والنهاية
والكامل كما يأتي انتهى نعم ولعله لم يعتد بها لان الروايات الشاذة المطروحة
ما منها الا ومن عامل او عاملان من الفقهاء القدماء وثانيها ان صريح الاخبار
المذكورة الفرق بين المضمون والحصة جوازا ومنعا واين هذا من الفرق
بين قسمي المزارعة صحة وفسادا والثالث ان صريح الاخبار جواز التقبل بالذهب
والفضة وان الممنوع هو التقبل بالبر بدل فلو كان المراد ما ذكره جاز التقبل
الاول ولا التقبل بالثاني ورابعها انه مبني على اصل زعمه صحيحا وليس كذلك لان
بطلان المزارعة اذا كانت الاجرة مضمونة لا محصل له الا اذا رجع الى

فانه غير متعهد للحصة

ببطلان التسمية او ببطلان الصيغة لان حقيقة المزارعة عبارة عن تمليك منفعة
الارض زرعا واى مانع من ذلك اذا كان بعوض مسمى ولعل الاشكال فى صحة
اجارة الارض كان بعد ذا جرتها للزرع الى مدة كذا بكذا ومنع عن صحة زرعتكها
زارعتك الارض بكذا درهما مع فضل الاجارة كان نجعنا على المنافية فى
صيغة الاجارة انه لو منع من الاول لكان راجعا الى تسميته مزارعة ولا يلزم
بتعقل بين الاجارة والمزارعة فرق فا يرجع الى الصيغة شئ العموم والخصوص
المطلقين فان كل مزارعة اجارة لكنها ممتازة باغتفار الجهالة والغرر فى
العوض فيها المخصوص للنص والاجماع وليس كل اجارة مزارعة واما ما تقدم
فى المزارعة من البطلان اذا لم تكن الاجرة مشاعة فالمراد به الاحتراز عن جزء
غير مشاع فان المزارعة على هذا الوجه باطلة وصح عن عدة النصوص والاجماع
وخصوص بعض الاخبار ولانه لو قال اجرتك الارض على المزارعة بكذا درهما
كان باطلا نعم لا يضر فى عدم تسميته مزارعة فان اراد بالبطلان مع
ضمان الاجرة بطلان ذلك وفساده راسا ففيه ما لا يخفى وان اراد بطلان
التسمية اذ لا يقال له المزارعة فهو سهل وان اراد انه لو قال زارعتك بكذا
درهما فهو باطل لعدم وقوع الاجارة الا باجرتك فهو على فرض صحته
امر لا يرتبط لما ذكر فى باب المزارعة من عدم صحتها بشئ غير معين فلا
وجه لابتناء فساده على ما ذكره فى باب المزارعة بل لا يلزم بناؤه على التضييق
فى صيغ الاجارة وان اراد انه فاسد ولو قلنا بالتوسعة فى صيغة الاجارة ما
النسبة الى ذلك نظرا الى الاخبار كما هو الظ والصريح من كلامه ففيه ما عرفت
من النظر والمنع فالانصاف ان الفرق بين المضمون وغيره فى الروايات على
القول بكراهة الفضل فى الارض دون الحرمة لا يعرف محصل له سوى ما عرفت
عن بعض مشايخنا وان كان محلا للمناقشات الا ان التفصي عنها

ليس

٧٧

ليس بذلك الاشكال كما هو ظاهر لمن تامل وفهم واما على القول بالحرمة فالفرق
بين الاجارة والمزارعة بالنكالة وعدمه لا معنى له فان امكن الفرق بينهما بالحرمة
فى الاول والجواز فى الثانى كما هو المحكى عن النهاية والكامل حيث نقل عنهما ما يقرب
من مضمون هذه الاخبار وهو المتعين وان كان خرقا للاجماع كانت مطرحة فتلخص
مما ذكرنا فى المسئلة ان الاقوى بالنظر الى الادلة المنع فى المسكن والحانوت ونحوهما
والكراهة فى الارض مثله وضعفا باختلاف التقبيل اجارة او مزارعة وهذا
ظاهر المتن حيث صرح فى المزارعة بكراهة اجارة الارض بالاكثر والمحكى عن المقنعة
والمعتبر والنهاية وغاية المراد والكفاية والرياض ومختار بعض مشايخنا وشيخنا الاستاد
دام ظله العالى مد ظله الله تعالى بل فى ذلك كما عن المفاتيح نسبته الى اكثر الاصحاب
لكن الظ رجوع النسبة الى العقد السلبى خاصة اعنى الحرمة فى المسكن والخان والاجير
لا الى العقد الايجابى ايضا اعنى الكراهة فى الارض لان المذكور فى الباب ليس الا
الحرمة فى المذكورات واما الكراهة فى الارض فقد ذكر المص فى المزارعة واشاره
فى المسالك هناك فلا وجه لرجوع النسبة الى القول بالتفصيل كما زعم واما غيره
من سائر الاعيان فحكمه يعرف الحال فيها فتوى ورواية ومحصل ما ذكرنا فيها ان جملة
من العلماء صرحوا بالتسوية بين الارض وغيرها حرمة او كراهة كما عرفت ونعرف الا
ان الظ ارادتهم بغير الارض خصوص الاعيان الواردة فى النصوص اعنى المسكن
والحانوت لا ما يعمها والدابة ونحوها اذ لو سلمنا المساواة بينها وبين غيرها فى
الكراهة عندهم فلا نسلمها فى الحرمة وكيف كان ففى بيان التفصيل المختار فى اصل
المسئلة اقوال اخرها الكراهة مطلقا فى الارض وغيرها من المذكورات الا انك
عرفت ما فى عموم غير الارض فى كلامهم للاجير وهذا اختيار العلامة ره فى محكى
المختلف والشهيدين والمحقق الثانى بل كل من نص على الجواز دون الكراهة كما عن
جامع الشرايع والتذكرة والقواعد والايضاح وحاشية الارشاد للمحقق

والحواشي واللمعة والتنقيح والمسالك والروضة وجمع البرهان والمفاتيح ان المراد با
لجواز هنا مقابل المنع دون الكراهة لعدم الخلاف في المرجوحية ظاهرا رهنا او كراهة
والعجب من مفتاح الكرامة حيث جعل كلام القول بالجواز الكراهة قولا براسه وانكر
من نسبها الى من اقتصر على الجواز وعن التذكرة نسبته الى الاكثر وفي الرياض انه الاشهر
بين المتاخرين بل لعله عليه عامتهم وعن كشف الرموز التصريح بالكراهة في خصوص
الارض اذ عليه الفتوى وكذا عن ايضاح النافع وعلى نقل به عدم القول بالفصل
بين الارض وغيرها كما يأتي انه صريح جمع وظاهر اخرين يكونان قائلين بالجواز مطلقا
وكذا الكلام في من صرح بها في خصوص الارض وسكت عن غيرها واما من نقله على
العلامة في المختلف حكايته عن والده والديلمي في رسالته والمفيد وقد عرفت
ان المحكي عن المقنعة هو القول الاول بل في مفتاح الكرامة انه لم يصرح بالجواز قبل
العلامة سوى ابن ادريس ويرد عليه الاصل والعمومات بعد حمل الاخبار المانعة
على الكراهة مراعاة للقاعدة مهما امكن كما هو عادة المحقق الثاني وغيره من المتاخرين
وزاد عليه في المسالك الاستدلال بالجمع بين الاخبار بناء على تعارضها بدلالة
في بعضها تصريح بالكراهة ولعله اراد ما اراده في محكي المختلف والتذكرة والايضاح
وجامع المقاصد من حسنة الحلبي المتقدمة الصريحة في جواز الزيادة في الارض
دون الحانوت والاجير فانها كغيرها من الاخبار الماضية المفصلة بين الارض والبيت
والاجير صريحة في جواز اجارة الارض بالاكثر فنجد ما دل من الاخبار السابقة النهي
عنه على الكراهة جمعا لكن فيها تصريح بعدم جوازها في البيت والاجير والحانوت
فكيف تمسكوا بها على الجواز المطلق واجتماد الغفلة هذه في حقهم بعيد جدا والذي
يقرب احتمال اعتقادهم عدم القول بالفصل بين الارض والحانوت وساير المذكورات
كما هو صريح الرياض استظهارا وظاهر المسالك في الباب وباب المزارعة حيث جعل مورد
الخلاف في الارض وغيرها ثم اختار الجواز وجعل نسبة القول بالاول وهو
عدم الاعمال

الفرق

الفرق بين الارض وغيرها الذي رجحناه بسبب الاخبار الى من عرفت بل نسبة الجواز
ايضا وان كان ارجح ولذا قال في الرياض ان التفصيل اوجه لو لم يكن خلافا للاجماع
وليس باجماع **قلت** ترجيح الشيخين في محكي المقنعة والنهاية التفصيل لانهما صنفا
عند نفي المسكن وجوازه في الارض وهذا القدر من الفتوى يكون في صلوح الروايات
للعمل وخروجها عن الشذوذ فلا ضرورة الى الخروج عن ظاهر لفظ حرامها
وحمله على الكراهة الشديدة وحمل الجواز في الارض على ما دونها نضمها
للتفصيل القاطع للشركة كما يجب بناء على الجواز مطلقا فان القائلين به نظرهم الى
ذلك بعد ما زعموا عدم القول بالفصل واستصعبوا الخروج عن الاصول و
العمومات مهما كان المخرج فابدلا الاخبار وبل فهم على اصولهم ونحن على اصولنا من
الخروج بعد وجود الدليل ونديستند كما في الرياض بحسنة الحلبي المتقدمة وغيرها
مما منع فيه من تقبيل الارض باكثر مما تقبل اذا كان التقبيل بالذهب والفضة
لانهما مضمونان مع جوازه اذا كان بالحصة بناء على ما فسر في الرياض من ان
المراد هو الفرق بين قسمي المزارعة وانها اذا كانت بالحصة جازت واذا كانت بما
معنيه غير الحصة فسدت لان شرط المزارعة ان يكون الاجر بعض الحصة فا
لفساد انما هو لاجل ايقاع المزارعة بغير الحصة لا لاجل كونها بالاكثر وانما
ذكر الاكثر جريا على العادة لانها على طلب الزيادة في التقبيل بعد القبول فاذا
جازت الزيادة في المزارعة بالحصة جاز بغيرها لعدم القول بالفصل هذا
ملخص ما في الرياض ويرد عليه اولا من المناقشات في اصل هذا التفسير فانه
الذي لو لم يوجب اجمال الرواية فلا اقل من ايراث الوهن والضعف في الدلالة المزاحمة
عن قابلية المقاومة للاخبار المرجحة في المنع في البيت والاجير والحانوت والاخبار
الظاهرة في الارض كما مر وثانيا ان موردها خصوص الارض فلا معارض
للاخبار المرجحة المسكن والحانوت في دعوى الاجماع المركب قد عرفت فسادها

بوجود المفصل كما مر ودعوى التعدي من جهة العلة المنصوصة حيث دلت
على الجواز متى ما كانت الاجرة مضمونة بخلاف الجواز اذا كانت بغير المزارعة ادعا
بالحصة بقي شيء وهو ان المحقق والشهيد الثاني زعما صراحة بعض الاخبار في
الكراهة ولم نعثر عليها سوى ما مر في رواية الحلبي اني لاكره ان استاجر رحى وحدها
ثم اواجرها باكثر مما استاجرتها به الا ان يحدث فيها حدثا وفيه منع دلالة الكراهة
على المعنى المصطلح مضافا الى اختصاصها بالرحى فلا تتعدى الى المذكورات الا
بعدم الاجماع المركب الممنوع مع عدم تتبع سندها وسوى حسنة الحلبي المتقدمة في الرجل
يستاجر الدار ثم يواجرها باكثر مما استاجرها قال لا يصلح الا ان يحدث شيئا بناء
على ظهور لا يصلح في الكراهة وفيه ايضا ما لا يخفى من المنع غاية الامر عدم ظهورها في
الحرمة وهو غير الظهور في الكراهة ومنها عدم الجواز مطلقا في الارض وغيرها وهو
مذهب العلامة في محكي التحرير والارشاد فصار له ثلثة اقوال الجواز كما من التذكرة
والمنع كما من الارشاد والتحرير والتردد كما في القواعد والظاهر ان هذا القول شاذ بين
الفقهاء وقد نسبه في جوامع المقاصد والمسالك الى اكثر الاصحاب وادعى عليه
الاجماع السيد في محكي الانتصار والغنية ونسبه في الكفاية والايضاح والحواشي
الى الشيخين والمرتضى وسلار والصدوق في المقنع وابي الصلاح وابن البراج
في المهذب ولكن قد عرفت ان ظاهر المقنعة في باب الاجارة والمراد منه هو القول
الاول ومذهب الشيخ في النهاية وابن البراج في محكي الكامل هو مضمون روايات
التفصيل في الارض بين الذهب والفضة وغيرهما وكيف كان فالمتبع هو الدليل
وقد تقدم قبل الشروع في نقل الاقوال الستة اوردنا ما دل على المنع في المسكن والاجير
وما دل على المنع في خصوص الارض ونقلنا الجواب عنها ايضا واما ما يدل على المنع
فيهما وفي غيرها ايضا بناء على دخوله في محل النزاع فلم اظفر به سوى انه ربما استدل
عليه بحسنة الحلبي وخبر اسحق ونحوهما مما دل على الفرق بين التقبيل بالذهب والفضة

والتفصيل

والتقبيل بالحصة فالمنع في الاول لكونهما مضمونين فانهما وان وردتا في خصوص الارض
لكن مقتضى العلة المنصوصة التعدي الى غيرها وفيه اولا انهما بظاهرهما من الشواذ
التي يجب الاعراض عنها كما في الرياض لعدم القول بالفرق بين الاجرة المضمونة والحصة
في اجارة الارض بالاكثر وان قال به الشيخ في محكي النهاية وابن البراج في محكي الكامل
كما عرفت وثانيا ان مقتضى العلة المنصوصة التعدي من الذهب والفضة الى كل
اجرة مضمونة الى كل اجرة مضمونة لا التعدي من الارض الى غيرها فانه يحتمل
دلالتها على الكلية او تسليم دلالتها عليها فلا ضير وعليها يجب الخروج عن ظاهرها
بالمعتبرة المصرحة بالجواز في الارض وانها ليست مثل الحانوت والاجير المخصوصة
المعتضدة بالاصحاب كلا او بعضا على انه لو ابقي رواية الارض على المنع مع اعتضادها
بالمستفيضة المصرحة بالجواز كما مر ولقد اتعب نفسه في مفتاح الكرامة في الكلام
الادلة لملاحظة القول ولم يات فيها بشيء في مقابل نصوص الجواز ومنها قول الشيخ
في محكي النهاية وابن البراج في محكي الكامل بل المفيد على كراهة وهو الفرق في خصوص
الارض بين المزارعة والاجارة بالذهب والفضة كما مر عملا بالاخبار المذكورة
المعللة لفسادها الثاني بان الذهب والفضة مضمونان دون غيرهما في الارض بالمنع و
وهذا القول امتن الاقوال دليلا لانه جمع بين جميع الروايات حتى الروايات الاولى
المفارقة بين الحانوت والمسكن والاجير وبين الارض بالمنع في الاولى والجواز في
الارض بحمل الاخير على المزارعة ودعوى انه لو كان المراد ذلك كان المناسب الى الاخير
بيانه بعد ما جرى في الارض بحمل الاخير على المزارعة ودعوى انه لو كان المراد ذلك
كان المناسب التعبير عنها بلفظ المزارعة دون الاطلاق الشامل للاجارة اذ الظاهر
فيها واضحة الا انه لا داعي اما الاول فلان الكلام مسوق للفرق بين المسكن واخواته
وبين الارض في المنع والجواز ولا يناسبه ذلك تفصيل احوال الارض بعد فرض عدم
تعلق الغرض ببيانه وثانيا ان هذه الاخبار تكون شاهدة على التقييد وبه يجمع

بين جميع روايات الباب لان بعضها دلت على الجواز كما كهذا وكالاخبار المفصلة
بين المسكن واخواته وبين الارض ونحوها وبعضها صريح في المنع خصوص المزارعة
كالسؤال الاول في ذلك الخبر وغيرها وبعضها صريح في جوازه بالمزارعة كهذه
الاخبار المعللة منع الذهب والفضة مضمونان وطريق الجمع بينها هو تقييد اطلاق
كل من المجوز والمانع بهذه الاخبار المفصلة بين الاجارة والمزارعة وحمل المرجح
في منع المزارعة اما على الكراهة وعلى حال يبقى اخبار المسكن والاجر على ظاهرها من
الحرمة فان جاز الاكتفاء بالنهاية والكامل في العمل بالرواية يتعين هنا هذا القول
والا فالمتعين اما اخيرا لانه اقرب طرق الجمع بعد ذلك او الوجه فاعرفت قبل
الدخول في نقل الاقوال والترضي بين الطريقين يظهر في فضل الارض بالاجارة
دون المزارعة فعلى هذا الطريق لا يجوز وعلى طريقنا يجوز اذ بعد سقوط هذه الزيادة
المفصلة بين الاجارة والمزارعة اما لاجمالها لما عرفت من الاختلاف في تفسيرها
او شذوذها يتعين الجمع بين اخبار الجمع لمنع المطلق والجواز المطلق بالحمل على الكراهة
مطلقا اجارة ومزارعة لانه لا احتياج الى شاهد خارجي وحمل المانع عن خصوص المزارعة
على شدة الكراهة وقال بعض ان هذا الجمع اولى مما ذكرنا وفيه نظر لانه ان اراد ذلك
مع قطع النظر من عدم القول بالفضل فقد عرفت ما فيه من المنع وان اراد بعد
الملاحظة لذلك فهو متعين لا انه اولى وكذا الواعتذر عنه بان الجمع الاول وان كان
اولى الا ان في الخروج عن الاصول والعمومات به جرئة عظيمة اذ مخالفة الاصول والعمومات
امر شايع الا في بعض المقامات التي يتعين فيها الاعراض عن المخرج فان كان المقام من
تعين الجمع المذكور لا انه اولى والا تعين الاول والامر سهل بعد وضوح المراد
واصابة الحق ومنها المحكي عن ابن جنيد من المنع اذا كان قال الاجارة ربوا اما الصدق
الربا هنا والفهم خصوص ذلك من اخبار الذهب والفضة والفرق بينهما وبين
الحنطة والوجه ما نقل عن كثير من المانعين ايضا من الاستناد اليه في المنع المطلق ورماه
المناخرون

المناخرون بعنوس واحد لان هذه ليس من الربا في المعاوضة وانما هو ربا لغة
والاجر كالزيادة واما الوجه الثاني فهو واضح سقوطا بل الظ ان الذهب والفضة كنايتان
عن مطلق العين المضمونة في مقابل الحصة فيشمل الربوي وغيره كالحنطة في المسكن
والبيت الحانوت والارض واما اجارة الاجير ثانيا باكثر مما استاجر فلم اجد
للاصحاب عليه نصا ولا خبر نص غير الظ في الكتاب نعم ذكر وامسئلة تقبل من تقبل
عملا غيره باكثر او ساويا واختلفوا فيها وذكرها الظ فيما بعد فان اراد الظ
من اجارة الاجير هنا ذلك فسيأتي الكلام فيه انشاء الله تعالى وياتي الخلاف فيه
جدا الا انه لا يلائم العبارة من وجوه لا يخفى وان اراد ما هو من سنخ المسئلة كما هو
العبارة ما عليه ففيه اشكال لو كان حكم غير المذكورات مثل الدابة والثوب غير
حكمها عند الاصحاب وقد تكلمنا ما عندنا في ذلك اذ اخبار حرمة فضل الاجر المتقدمة
ليست صريحة ولا ظاهرة بل الظ من ملاحظة اخبار تقبل العمل الاتية رجوع حرمة
الفضل في هذه الاخبار اليها مع ان الظ من الاضافة هنا كونها من باب الاضافة
الى الفاعل اى الفضل الذي ياخذه الاجير لا كونها بمعنى في تكلف اى الفضل
الذي ياخذ من طرف الاجير وان كان قرينة ذكرها في سياق فضل البيت والحانوت
فاشبه به الظها اللهم الا ان يجعل الاجير كالسفينة والحانوت من ملحقات المسكن
بحكم هذه الاخبار هذا كله في المستثنى منه واما المستثنى فلا اشكال في الثاني
اعني الجواز مع احداث الحدث نصا وفتوى كما مر الاخبار الدالة عليه وهل يكفي
في الحدث الكنس والتنظيف ونحوهما عن العامة الاطباق على المنع وتشكل ذلك
على اصولهم لان وجه المنع عندهم على ما نقله في التذكرة النهي النبوي
عن ربح ما لم يضمن لان المؤجر لم يضمن المنفعة فلا يجوز له اخذ الربح فيها الا بعد
العمل فيكون في مقابله لا في مقابل المنفعة والكنس واما مثاله مما يحج بل يجعل
الربح الزائد في مقابله وكذا اشكل بناء على كون الوجه هو الربا على ما مر

اصى بنا الا تعين ضرورة كفاية مطلق الشئ المتعود فى الاخراج عن الربا و واما
واثانيا و٢ على الفيد الثابت من الاخبار الامامية فالوجه فيه انصراف العدل الى
غيرها وفيه ايضا نظر والاكتفا بها غير بعيد اما الاول اعنى الجواز مع اختلاف الجنس
فقد نسبه فى جامع المقاصد الى الشيخين واكثر الاصحاب وعن المختلف والايضاح
وغاية المراد نسبته الى القدماء وقال فى محكى الايضاح قال الشيخان والمرتضى وسلار
والصدوق فى المقنع وابى الصلاح وابن البراج فى المهذب بالمنع مع اتحاد الجنس
ومنعه ابن الجنيد فى الربوى ونحوه من المختلف لكن فى مفتاح الكرامة انه لم يصرح
به الا السيد لان من الفقهاء من التصريح بعدم الكراهة مع اختلاف فالنووى زكاة
وكيف كان وقد استدل عليه بان المتبادر من قول الراوى فى الاخبار الماضية
يواجرها باكثر مما استاجرها اتحاد الاجرتين جنسا اذ لا يقال فى المختلفين ان هذا
اكثر من الاخر الا ان يقال ان هذا الثوب اكثر من هذه الدابة الا بعد التقييد
بالقيمة وبيان جهته التقييد وربما او الاطراد او عكسا او يصح ان يقال ان هذه
الحنطة اكثر من هذه الزيت ولا يصح ان يقال ان هذا الحمار اكثر من هذا الحمار وفيه
ان الاكثرية من الامور الاضافية المبهمة المحتاجة الى ذكر التمييز الا استعمالات
والاكان مجملا غلطا خارجا من حد الافادة الا ان يكون جهة الكثرة بقرينة
المقام معلومة فيصح استعمالها بدون ذكر التمييز وحيث لم يذكر الراوى تمييزا فلا
بد ان يحمل على صورة يكون جهة الكثرة فيها معلومة وهو ليس الا
بعض اقسام متحد الجنس ونا لقا بعد التسليم ان الاكثرة فى الاجارة والمقامات
انما تلاحظ فى القيمة جميع فيعم الاكثر فى الروايات الاجرتين المختلفين اذا
كان ثانيهما اكثر من الاول ويحتمله اويدل عليه الفقرة الاولى من الرواية
الهاشمي كالاجنفا وثالثا ان العبرة بعموم الجواب لا بخصوص السؤال وقد
قال لم فضل الدار والبيت حرام ولا اشكال فى صدق الفضل مع اختلاف

الجنس فا

٧١

الجبس فالاولى ان يقال بان مجرد القيمة غير كاف فى الخروج عن مقتضى الاصول
والعمومات بل لابد من الظهور الممنوع هنا لان العام لا يدل على الخاص فان
القدر المتيقن المستفاد من النصوص هو الاجارة بجنس ما استاجره وعلى فرض
العموم او الاطلاق لا اخامل ببرحض نعم والله العالم لم يبق شئ وهو ان طلب الفضل
باكثر ما تقبل يتصور على وجوه ٢ اربعة الاول ان يكون الاول اجارة والثانى
مزارعة والثانى العكس والثالث ان يكونا كلاهما اجارة الرابع ان يكونا
مزارعة كليهما الظاهر ان كلمات الاصحاب شاملة للكل منعا وجوازا والسؤال الاول
فى خبر الهاشمي المذكور مورده مخصوص الاول لكن قيل ان هذا خارج عن محل
كلام الاصحاب انهم فما كان كلاهما اجارة وهذا يحتاج الى التامل ثم ولكن
لو سكن ببعض الملك من الاملاك المذكورة لم يجز ايضا ان يوجر الباقى بزيادة عن
الاجرة والجنس واحد لدخوله فى اخبار المنع منطوقا ومفهوما بالفحوى ولكن يجوز
ان يوجره باكثرها اى بنقيصة منها وان كانت قليلة وحق العبارة ان يقول بالا
الانقص وانما عبر بذلك دفعا لتوهم دخول الاجارة بنقيصة قليلة تحت ا
المنع لكونه مع ملاحظة سكون بعض المستاجرة طلبا للفضل المنهى عنه فى ضمن
ابى المغرا وغيره لا من ان فضل الحانوت والبيت حرام وظاهر العبارة كظاهر
المحكى عن التحرير والارشاد وصريح المحكى عن النهاية والوسيلة عدم جواز
الاجارة بالمساوى استنادا الى انه ربا والى النهى عنه فى مضمرة سماعة فى من
اشترى مرعى فاراد ان يبيعه باكثر او المساوى بناء على ما عن الكليني وغيره
من حمل البيع على الاجارة قلت والاولى الاستدلال عليه باطلاق فضل
الحانوت والبيت كما مر لكن مقتضاه المنع عن مفروض المتن من الاجارة
باكثر الاجرة ايضا كما عرفت بل لابد من ملاحظة اجرة البعض المسكون فى الاجارة
الثانية مطلقا ولو باجر بالمثل لها فيمنع من بعض صور الاقل ايضا كما لا يخفى وعن المسالك

نسبه المشهور الجواز الى الاكثر استنادا الى خبر ابي الربيع المحكي عن الفقيه ولو ان
رجلا استاجر دارا بعشرة دراهم فسكن ثلثيها واجر ثلثها بعشرة دراهم لم يكن به
باس ولكن لا يواجرها باكثر مما استاجرها نقلها بعض مشايخنا عن الفقيه لكن
في الوسائل رواها عن الكافي في الحسن بابراهيم عن الحلبي وزاد في اخرها الا ان
يحدث حدثا ورواها ايضا في محكي المختلف عن الحلبي لكن فيه بيتا مكان الثلثين
والثلث وفي صحيحة محمد بن مسلم عن احدهما ع قال سالته عن الرجل يتكارى الارض
بمائة دينار فيكرى نصفها بخمسة وتسعين دينارا ويعمر هو بقيتها قال لا باس وهذه
الرواية تدل على جواز مفروض العبارة من اجارة الباقي باكثر الاجرة وكذا يدل
عليه الرواية السابقة بناء على رواية الثلثين والثلث كما عن الكافي والفقيه واما على
رواية البيت كما عن المختلف فلا دلالة فيها على ما ذكر كما لا يخفى ولو استاجره ليحمل له
متاعا من موضع معين باجرة معينة في وقت معين فان قصر عنه نقص عن اجرته
شيئا معينا جاز واما لو شرط سقوط الاجرة راسا ان لم يوصله لم يجز وكان له
اجرة المثل اما المسئلة الاولى فعن جامع المقاصد والمسالك ومجمع البرهان
انها مذهب الاكثر وكذا اختاره في الروضة وانه لم اجد فيها وعن الكفاية انها الاشهر وعن
الرياض النافع هو الذي عليه الفتوى وانه المشهور والمخالف الذي عثرنا به نقلا
وتحصيلا العلامة ره في لف وولده في حاشية الارشاد والمحقق الثاني في جامع المقاصد
وحاشية الارشاد والشهيد الثاني في المسالك والروضة ومستند المشهور رواية الحلبي
قال كنت قاعدا عند قاض من القضاة وعنده ابو جعفر ع جالس فاتاه رجلان
فقال احدهما اني تكاريت ابل هذا الرجل ليحمل متاعا الى بعض المعادن واشترطت
عليه ان يدخلني المعدن يوم كذا لانها سوق اخوف ان يفوتني فان احتبست
من ذلك حططت من الكرى لكل يوم احتبسته كذا وكذا يوما وقال القاضي هذا
شرط فاسد وفه كراه فلما قام الرجل اقبل الي ابو جعفر ع فقال شرطه هذا

كذا وكذا وانه حبسني عن ذلك الوقت ح

جايز ان لم

رسيد مقابله
في [illegible]

٢

المقصود

جايز ان لم يحبسها جميع كراه الخبر وعن التذكرة وجامع المقاصد توصيفه بالصحة لكن
في طريقه منصور بن يونس بزرج قال الشهيد الثاني في حاشية الروضة انه كان واقفيا
الا ان النجاشي وثقه وعده في رواته والعلامة قال الوجه عندي التوقف فيما
يرويه على قول النجاشي هو من الموثق وعلى قول غيره هو من الضعيف خصوصا على
ما ذكره النجاشي من ان سبب وقفه اموال كانت في يده للكاظم ع فجحد النص
على الرضا ع لذلك فجزم المحقق والشهيد الثانيين ومن وافقهما لم يعملوا
به لمخالفته للقواعد من جهة الجهالة في الاجرة بناء على رجوعه الى اجارتين على
وجه التخيير كالبيع بالثمنين الذي لا اشكال عند الاكثر في فساده وحمله في ذلك
على الجعالة كما هو ظ الروضة واجيب عنه تارة بمنع قدح مثل هذه الجهالة حتى
في البيع لان الحكم فيه ايضا ليس مسلما بل هو محل خلاف والنهي عن الغرر على فرض
عمومه لغير البيع لا يشمل التخيير في العقد بعوضين ولذا ذهب الى الصحة في البيع
بثمنين بين واحد واخرى بجواز مخالفة القواعد مع الدليل المعتبر واي دليل
اولى من النص المعتبر المعتضد بعمل الاكثر ولعل نظر الشهيد قده في اللمعة الى هذا
الوجه حيث عنون المسئلة في الاخيرتين على نقد برئ وفي الروضة كما عن التنقيح
وجامع المقاصد والمسالك الاستدلال له ايضا بصحيحة محمد بن مسلم قال سمعت
ابا جعفر ع يقول اني كنت عند قاض من قضاة المدينة فاتاه رجلان فقال
احدهما اني اكتريت من هذا دابة ليبلغني عليها من كذا وكذا فلم يبلغني
الموضع فقال القاضي لصاحب الدابة بلغته الى الموضع قال لا قد اعيت
دابتي فلم تبلغ فقال القاضي ليس لك كرى ان لم تبلغه الموضع الذي اكرى
دابتك اليه قال ع فدعوتهما فقلت للذي اكرى ليس لك يا عبد الله
ان تذهب بكرا دابته الجد كله وقلت للاخر يا عبد الله ليس لك ان تاخذ
كرى دابته ولكن انظر قدر ما بقي من الموضع وقدر ما ركبته فاصطلحا عليه واره

عليه في حاشيته منه بان مقتضى القاعدة ما قاله القاضي الا ان يفرض اطلاعه ع
على ما يوجب بطلان الاجارة فحكم عليهما بالاصطلاح لان الثابت ح اجرة المثل
كما اشار اليه في كلامه لهما انتهى قلت ما ذكره من عدم استحقاقه الاجرة مع نقص
اليوم ممنوع بل الظاهر ثبوتها بقدر المحل كما قال ع نعم لو كان مورد الاجارة هو الوصول
الى الموضع دون الايصال استحق الاجرة ما لم يوصل لكنه يصير ح جعالة لا اجارة وظاهر
الصحيحة الواردة الاجارة مع انه ليس في السؤال نقص اليوم بل الظاهر منه اهون انه
عجز عن البلوغ الى المقصد فتشاد الحكم في مثله ليس الا ما قاله الامام ع من
الرجوع الى الاجرة للمنفعة المستوفاة بالنسبة وليس في الروايات مخالفة للقواعد
الشرعية كما زعمه قدس نعم ليس لها دلالة ولا ربط بالمقام كما اعترف به فكيف صح
يستدل بها على المسئلة ومثلها في عدم الارتباط بما نحن فيه صحيحة ابي حمزة عن
ابي جعفر ع قال سألته عن الرجل يكتري الدابة فيقول اكريتها منك الى مكان
كذا وكذا فان جاوزته فلك كذا وكذا زيادة ويسمى ذلك قال ع لا باس
به كله اذ ليس فيها دلالة على تعدد الاجارة بتعدد الاجرة ولا اشتراط شيء في الاجارة
بل انما تضمن وعدا على الزيادة لو تجاوز بهوانا وعلى ضرورة او جعالة لكن هي
اقرب بالمقام من الاول في الجملة كما لا يخفى قابلة للاعتضاد فالدليل منحصر في الحلبي
لا انها واضحة الدلالة على المدعى نعم ان المحقق الشهيد الثاني وجمع وافقهما لم
يعملوا به لمخالفته القواعد من جهة الجهالة في الاجرة بناء الى رجوعه الى اجارتين
على وجه التخيير كالبيع بالثمنين الذي لا اشكال عند الاكثر في فساده وحاله
في ذلك على الجعالة كما هو ظاهره واجيب عنه تارة بمنع علمهم فذح مثل هذه ا
الجهالة حتى في البيع لان الحكم فيه ايضا ليس مسلما بل هو خلاف والنهي على
الغرر على فرض عمومه لغير البيع لا يشمل التخيير في العقد بعوضين ولذا ذهب
الى الصحة في البيع بثمنين غير واحد واخرى بجواز مخالفة القواعد مع الدليل المعتبر

والى دليل

نعم هذه الاداء ع ... شهر
... اليوم ولذلك ... عنها ... ع

دليل اولى من النص المعتبر المعتضد بعمل الاكثر ولعل نظر الشهيد في اللمعة
الى هذا الوجه حيث صور المسئلة في الاجارتين على تقديرين وثانيا بعدم رجوعه
الى التخيير في الاجارة لان ظاهر النص والفتوى رجوعه الى اشتراط النقص في الاجرة و
هذا الشرط سايغ كما صرح به الامام ع اذ مرجعه الى اشتراط المستاجر تملك بعض
الاجرة على تقدير عدم الوفاء بموجب الاجارة ولا اشكال في صحته كما لو اشترط
تملك شيء معين من اموال الموجر فانه من شرط النتيجة التي ليس لها سبب معين شرعا
كالزوجية وليس غرض الاصحاب من المسئلة صورة الترديد في الاجارة الا
الشهيد في ظاهر اللمعة قلت فيه بعد تسليم رجوعه الى اشتراط النقص في الاجرة انه
غير سالم من مخالفة القواعد ايضا من جهة اشتماله على التعليق في الشرط الذي قيد
بانه مبطل للشرط وان كان محلا للنظر والمنع كما في شرط خيار رد الثمن ومن جهة بنائه
النقيصة على ايام الحبس وظاهر الحكم ايضا الاطلاق حيث لم يشترط التعيين في
النقيصة وظاهر المحكي عن المسالك ايضا حمل المسئلة على الترديد في الاجارة لا
وفيه حيث اختار الفساد لكونها نظير البيع بثمنين نعم في القواعد قيده بالتعيين
وظاهره التطبيق على القواعد وكذا المحكي عن التذكرة حيث استدل فيها
على الصحة بالعدالة ووفاء الشرط فلولا ان المسئلة راجعة الى الاشتراط لم يصح الا
ستدلال الا نعم بانه لا تقتضي مجهلا ولا يزيد الظهور ما فرع عليه حيث قال اذا
ثبت هذا فالاقرب تعميم الحكم فيه حتى لو شارطه على حفظه ثوب في هذا البلد
فان نقله الى اخره حبط من اجرته شيئا انتهى واوضح من الكل كلامه في المختلف فانه
عنون المسئلة بنقل عبارة الشيخ المصرحة بكون النقص شرطا في العقد
واما حمل كلمات الاصحاب كلا على الاشتراط فلا يخلو عن صعوبة بعد ما
سمعت من الشهيد ولاحظت اطلاق النقيصة في بعض العبائر كالكتاب
وان كان ما فوقه واما لو شرطاه رجوع النقص في الاول ايضا الى الاشتراط

... في ... الاحداث والاجارة ...
... وجه ...

٥

الا اشتراط لا اقتضى ذلك الا لزام بالعهدة في المسئلة الثانية الظاهر اذ لا مانع
من شرطها سقوط الاجر بحذافيرها اذا رجع الى اشتراط المستاجر فلك تمام الاجرة
من وجه الى بين عدم الفرق بين الكل والبعض في ذلك والقول بالفساد
مع شرط السقوط مستند الى النص على خلاف القاعدة ليس باولى من اجرائه على
القاعدة ليس باولى من اجرائه على القاعدة والخروج عنها بالنص في الاولى نعم ربما
في ظهور بعض الكلمات في الاشتراط واما ظهورها كما عد الكلام الشهيد فلان
المقصود تحقيق ان يتصل لجاز رجع المسئلة الى الاشتراط صح مع مراعات المتعة
في المتبعة حرز وجامن الجهالة في الشرط ولا يقدح التعليق لان بطلانه من خصائص
العقود على الاظهر ومع عدم التعيين فلا اثر ببطلان الشرط دون العقد كما في
الحل بناء على اصالة عدم فساد العقد بفساد الشرط خلافا لبعض مشايخنا
فله الاغتفار مثل هذه الجهالة في الشرط وفيه ان الكلام عدم الخلاف والاشكال
في عدم اغتفار مثل ذلك بناء على قدح الجهالة في الشروط وح فلا مناص عن كون
الرواية مخالفة للقواعد اما باعتبار تضمنها الجهالة في الاجرة والجهالة في
في الشرط كلا ان تخص الجهالة العرفية لا ثلثة على التعيين كما هو مذهبه فلذا فسلم
الرواية من مخالفة القواعد بعد الحمل على الاشتراط لان النقص المشترط على ايام
الحبس كما هو المفروض في السؤال امثال العلم كما لا يخفى وان رجع الى التخيير بين
الاجارتين فالامر دائر بين مراعات الاصول والقواعد ومراعاة العمل بالنص
وانت خبير بان احتمال الاشتراط في النص يوجب ابل هو صريح فيه في وجه
مع هذه الاحتمال في النص وكلمات العلماء كلا اوجلا يشكل الجرأة على
القواعد ومما ذكرنا ظهر ضعف ما في مفتاح الكرامة حيث استدل على الصحة
بعد نقله المطلب وصحيحة ابي حمزة وظاهر الاجماع المحكي من التنقيح بجعل الاعتضاد
بالشهرة وجعلها عمدة في الخروج عن القاعدة اذ لم يعلم من الاصحاب الحكم بالصحة

فصورة

فصورة الترديد بل المناسب لمذهبهم في نظائرهم المسئلة الاتية حمل كلماتهم على الاشتراط
كما فعله غير واحد من شيوخنا منهم الاستاد قده لكن قضية الاشتراط عدم الفرق
بين شرط اسقاط البعض او الكل ويحتمل حمل النص على اشتراط جعالة معينة في
ضمن اجارة صحيحة فليس كلاهما جعالة كما في المسالك ولا كلاهما اجارة كما في المقنعة
ولا الاول للاجارة والثاني شرطا محضا كما صنعه مشايخنا المتاخرون المعاصرون
بل الاول اجارة صحيحة قد اشترط فيها جعالة صحيحة جريا على ظاهر الرواية اذ لا
معنى لا للاكراء للحمل في اليوم المعين مع النص على سقوط شيء من الاجرة على
تقدير وقوع الحمل في اليوم الاخر غير اشتراط جعالة معينة في ضمن عقد لازم
لازم ومرجعها الاشتراط ح ان المكاري اذا حمل المتاع غير اليوم المعين لم يستحق
اجرة المثل بل المسمى نقص او زاد ولا فرق في ذلك بين اعتبار خصوصية الوقت
شطرا بان كان متعلق الاجارة الحمل المقيد بكونه في اليوم المعين او شرطا
بان كان متعلقها الحمل الى المقصد وقد اشترط عليه الايتاء في ذلك
اليوم واذا علم التقدير بينهما جمع النقص المتوقف على التعقيب اي الاشتراط
جعالة الى الحمل في غير اليوم المذكور واما الفرق بين الصورتين في المعاني على ما مر فانه
على الاول هو مخالفة مقتضى اصل الاجارة وعلى الثاني هي مخالفة الشرط المذكور
في ضمن العقد نعم لو استاجره على العمل في وقت معلوم وشرط عليه سقوط بعض
الاجرة على تقدير عدم الوفاء كما عنون المسئلة كذلك في المختلف كان هذا
شرطا وظاهر الرواية اشتراط سقوط الاجرة على تقدير الايصال في غير اليوم
المشروط فان الحبس حبس بعدم الوصول في اليوم المعين وان لم يكن ظاهرا في اشتراط
التعيين على تقدير الحمل في غير ذلك اليوم الا ان ما بعده قرينة على المراد وهو اشتراط
سقوط بعض الاجرة على ذلك التقدير لا على تقدير الاجنبي سقوط سواء
حمل في غير ذلك اليوم او لا توضيح المال في المقال يتوقف على استيفاء صور المسئلة

وبيان احكامها الاولى ان يتعلق الاجارة بالحمل في اليوم المعين شرطا او اشترط
عليه سقوط بعض الاجرة على تقدير عدم الوفاء بها ولا اشكال في صحة الاجارة
واما الشرط فان اريد به مجرد المسقوط كان صحيحا موكدا بالقياس الى ما اقتضاه
العقد من تعيين الزمان قيدا او ان اريد به ثبوت بعض الاجرة وسقوط الاجرة
فان اريد به حتى مع عدم تحقق شيء من العمل لانه شرط غير مشروع حيث شرط
فيه الاجرة من غير تسليم العمل بالتمام انه مقيد لكونه منافيا لما اقتضاه باعتبار
خصوصية الزمان قيدا او ان وصل بما اذا وجد بعضها العمل دون بعض
شرط على الاول سقوط تمام الاجرة لم يكن به باس لانه شرط موكد لما اقتضاه
العقد فشرط سقوط الكل والبعض هنا على عكس ما اشتهر ولو شرط على
الثاني فهو مناف لمقتضى العقد لانه يقتضي بعض الاجرة ببعض العمل
كما اذا عجزت الدابة في اثناء الطريق ولم يتيسر الوصول الى المقصد فكان
الاجرة هنا بقدر العمل ثابتة واذا شرط سقوطها مطلقا حتى مع وجود بعض
العمل كان منافيا لمقتضى العقد نعم لو لم يوجد شيء من العمل في اليوم المعين
لم يستحق الاجرة بالجارة في اليوم الاخر فالحاصل هذا انتظر ما ذكره الشهيد الثاني
قده في حاشية الروضة وعليه حمل رواية محمد بن مسلم وانت خبير
بان الرواية مشتملة على ان الدابة اعيت ومعناه انه وجد شيء من العمل المعين
في اليوم المعين ومقتضاه اجرة المثل بقدره كما قال الامام عم معا انا لو حملنا
على ما زعمه لم يستحق الاجرة مع فساد الاجارة ايضا مع انه قال ع وجعل
محملا الحكم الامام عم بالاجرة في الجملة هذا اذا كان شرط السقوط بمعنى عدم
استحقاق الاجرة واما بمعنى تملك المستاجر بعض الاجرة او كلها على فرض
المخالفة فيجوز مطلقا لكنه في بعض الصور يكون شرطا لما ينقص من جهة فان
عدم الوفاء بالعقد اعم من ان يحصل يوجد فيه شيء من العمل فيكون للموجر ما

الاجرة بقدر

من الاجرة بقدره فاشتراط تمليك المستاجر الاجرة على تقدير عدم الوفاء مطلقا حتى
في هذه الصورة بحث بخص الثانية ان يتعلق بالحمل الى السوق المعلوم والشرط واشترطه
في ضمن العقد الاتصال في اليوم المعين من غير تعرض للاتصال في غيره وانه
لو خالف الشرط سقط من اجرته كذا او كذا ولا اشكال في صحة العقد حكما
الشرط من عدم ضم الخيار الاخر وفائدته الخيار على تقدير المخالفة بين الرضا
بالفائت بتمام الاجرة والفسخ واسترداد الاجرة لو دفعها ومع ضم الجز الاخر
يكون فائدته سقوط بعض الاجرة مع الرضا بالفائت ايضا وصحته مع تعيين
النقيصة موافقة للقاعدة اذ لا مانع منه بعدما كان معنى السقوط رجوع بعض
الاجرة التي تحقق ملك الموجر بموجب العقد الى ملك المستاجر مثلا او شرط ملكية
شيء من مال الموجر له كما ذكرنا ومع عدم تعيين النقص اصلا لا يصح بناء على بطلان
الجهالة في الشروط كالعوضين ومع التعيين في الجملة باو الجهالة الى التعيين كما
هو المفروض في الرواية يصح بناء على مذهب من يفصل في جهالة الشروط بين
الايلة الى التعيين فلا يبطل وبين غيرها فيبطل وكذا لا مانع لو شرط سقوط تمام
الاجرة كما عرفت لما عرفت هذا اذا لم يكن شرط السقوط راجعا الى اشتراط الارش
بين فاقد الشرط وهو الحمل الى المقصد مطلقا وواجده وهو الحمل اليه في الوقت
المعين المشروط في العقد والا فقد يقال كما عن الاستاد العلامة رفع الله مقامه
ببطلان شرط السقوط راسا لان الارش المستوعب لا معنى له وان نقل عن
العلامة انه جعل له بابا وبه يظهر الفرق بين المسئلتين بعد ان حمل الرواية على
الاشتراط في ضمن العقد دون تعليق الاجرة ببطلان العقد كما نقل وفرق
بعض مشايخنا قدس سرهما بان شرط السقوط هو راسا مناف لمقتضى
العقد فيبطل بخلاف النقص وفيه ان شرط السقوط بالمعنى المذكور
ليس منافيا لمقتضاه كما عرفت نعم لو شرط على الموجر انه لو قصر في اليوم المعين لم يكن له

اجرة المذكورة كان ذلك شرطا لعدم الاجرة فيكون منافيا لمقتضى العقد
ولو لم يكن مستوعبا لان علة الاستحقاق الموجب للاجرة في الاجارة الواقعة مناف لمقتضى
العقد لا يمكن اشتراطه مطلقا سواء كان الساقط بعض الاجرة او كلها وحمل ا
الفقرة الاولى في الرواية على الوجه الصحيح وهو شرط تملك المستاجر بعض ا
الاجرة التي استحقها الاجير بنفس العقد وحمل الفقرة الثانية على اشتراط
عدم استحقاق الاجرة فتفكيك الفقرتين ركيك جدا واما الفرق الاول المنقول عن
الاستاد فلا نفهمه ان نطبق الرواية على شرط الارش خلاف الظ كالاجماع ان الارش
هو التفاوت بين الثمنين ثمن واجد الوصف المقصود وثمن الفاقد او بين الاجرتين
وليس في المقام ما يصلح لذلك الا بتقريب بعيد بان يقال معنى سقوط شرط الاجرة
على تقدير الاحتباس هو اخذ تفاوت بين الاجرتين اجرة الحمل في اليوم المذكور
واجرته في غير ذلك اليوم والمفروض في سؤال الرواية اشتراط المستاجر على
الموجر سقوط الاجرة عنه او معين من الاجرة نحو كل يوم من ايام الاحتباس
واين ذلك من اشتراط اخذ الارش بين الاجرتين هذا اولا وثانيا انما
قيل من ان عدم تعلق الارش المستوعب ممنوع لان الارش انما كان الثمن او الاجرة نقصا
للقيمة السوقية فلو فرضنا كونها اقل امكن استيعاب الارش ولا مانع حينئذ
بالشرط كما لو دفع العقد على دينار مثلا في الحمل اليوم المعين او اسقوطه
المعين ثلثة دنانير ويكون اجرته في غير اليوم او غير السوق دينار او دينارا واد
التقدير يكون الارش مستوعبا بل اكثر في التقديرين الاول وثانيا ان ا
الارش عبارة عن نسبة ما بين القيمتين لا عن نفس التفاوت وعليه لا يعقل
ان يكون مستوعبا في جميع الاحوال بخلاف التفاوت نفسه فانه معقول
ولعل هذا اعرض العلامة عن حكم المذكورة والقواعد من الارش ا
المستوعب الثالثة ان يكون صورة الاجارة مثل الصورة الاولى

ويكون

ويكون اشتراطه راجعا الى المعاملة الاخرى في يوم اخر غير اليوم المعين فان كان
على نحو الاجارة دار صحتها مدار رفع الاجرة فان ثبت صحة الاجارة والشرط
والا بطل الشرط وكذا العقد على القول به وليس هذا من تعدد الاجارة بتعدد ا
الاجارة كما فرضها في اللمعة في شيء وان كان على نحو الجعالة فلا مانع من صحته لان
هذا الشرط جعالة في ضمن اجارة فلا بد فيه من مراعاة شروط الجعالة خلافا
للروضة حيث قال ان مطلق الاجارة ان كان هو اليوم المعين خاصة كان
شرط ثبوت الاجرة على تقدير العمل في غيره للاخر اليوم اولى بالبطلان وح فقد
يقال انه لو حملنا النص على ذلك كان ابتم مخالفا للقاعدة لعدم تعيينها
ويمكن رفعه بان هذه جهالة راجعة الى العلم بعد معرفة ايام الاحتباس كما فرض
في السؤال ولا باس بها في اجرة الجعالة وليس هذا مثل الاجارة والبيع وسائر
المعاوضات في شرط التعيين هذا اذا الرشد في الجعالة سقوط الاجرة كلا
والا كان باطلا لكونه منافيا لمقتضى عقد الجعالة فالمتحصل لعل بالنص على فرض
وجوب تطبيقه على القواعد في هذا الوجه لما عرفت من عدم التطبيق على سائر
المحامل وهنا احتمال اخر ينطبق ايضا على القاعدة وهو ان يكون شرط
النقص على تقدير الحمل في غير اليوم مقاولة او ... لا يبني الا الايجاب والقبول
فلا تعدد ... اصلا فتلخص مما ذكرنا الحال في المسئلة الثانية ايضا وظهر ما قالوه
او يقال في وجه الفرق بينها وبين الاولى وهي اربعة الاول النص وهو ظاهر
اللمعة والمسالك حيث جعلا المسئلة من باب تعدد الاجرة على تقديرين وحملا
النص عليه وعملا به للاعتقاد بعمل الاصحاب ... الثاني هو ان شرط سقوط
البعض شرط سائغ ليس منافيا لمقتضى العقد جملة وشرط سقوط الكل فانه
مناف لمقتضى العقد فيبطل وعليه يبنى بعض مشايخنا بعد ان حمل النص وا
الفتاوى على الاجارة المشروط فيها سقوط الاجرة ونحن قد عرفت ما فيه مضافا الى

الجهالة على فساد العقد بمثل الشرط وقد مرّ تحقيقه سابقا ولعله خلاف مختاره
في مسئلة فساد العقد على القول به بما يكون فساده من جهة اخرى وهذا اسهل
الثالث عدم ان شرطه سقوط الاجرة فيما يرجع الى شرط الارشاد المذهب
غير معقول فلا معنى لاشتراطه وهذا منقول من الاستاد العلامة رفع الله
مقامه وفيه مضافا الى ما عرفت ان اشتراط امر غير معقول وان كان فاسدا
الا انه ليس بمفسد على مذهبه ومذهب غير واحد كما نقلناه سابقا فلا
وجه هنا لفساد العقد والرجوع الى اجرة المثل في صورة الاستيعاب
الرابع ما ذكر بعد حمل النص على اشتراط الجعالة في ضمن الاجارة ان شرط
سقوط البعض بحسب ايام الحبس لا عيب فيه لا الجهالة الا انها الى العلم التي
يمنع من فساد مثلها في الجعالة بخلاف شرط سقوط الكل فان الجعالة بلا
اجرة غير مشروع فيكون فاسدا وانت بعد الخبرة بما فصلناه سابقا تعرف ما في
كلام الشهيد في اللمعة الذي استحسنه في الروضة حيث قال ولو جعل اجرتين
على تقدير كنقل المتاع في يوم بعينه باجرة وفي اخر باجرة اخرى الى ان قال
فالاقرب الصحة ولو شرط عدم الاجرة على النقل في الاخير لم يصح في مسئلة
التقييد وفي ذلك نظر لان قضية كل اجارة المنع من نقيضها فيكون قد
شرط قضية العقد فلم تبطل في مسئلة التقييد او في غيرها غاية ما في الباب
انه اذا اخل بالشرط يكون البطلان منسوبا الى الاجير ولا يكون حاصلا من
جهة العقد انتهى ويرد عليه اولا ان فرض المسئلة اجارتين على تقدير
بناء فرض اشتراط عدم الاجرة على النقل في الاخر كما عرفت مفصلا وثانيا
ان قضية كل اجارة المنع من نقيضها كما افاد يعني المنع من الاجرة على تقدير
النقل في يوم اخر وهذا شيء اخر غير ما هو مقتضى العقد لا يثبت الا بالشرط
اذ المترتب على العقد الاثم بمخالفته لا عدم الاجرة على تقدير نقله في نقيضها الا على

تقدير ضدها

تقدير ضدها الثالث ان العقد لا يمنع من الاجرة على النقل في النقيض
بل ان يعقد السوق وهو انه لا يحقق شيء من العمل وانما مع تحققه في الجملة لا
يجب الدالة في الطريق ومقدمات من الاعمال الى المقصد نعم اوجب خصوص
ذلك اليوم فهذا ايضا داخل تحت نقيض العقد مع ان العقد لا يمنع من
اجرة تقدير الصحيح واذا قال اجرتك الدار مثلا كل شهر بنصف ما جاء في
كونه جاريا في الشهر بكذا او مقابلا بكذا على ما تقتضيه باب المقابلة وتحقق
كونه ظرفا فيكون بكذا استغلالا بالفعل كما في قوله اجرتك بكذا اسنة وفيه
مع تقل صح في شهر وله في الزائد اجرة المثل ان سكن كما عن المقنعة والنهاية
ومجمع البرهان والكفاية مصرحا بالاول بناء على تعيين ابتداء العمل ولا
اجزها والحكم ان هذا العقد مجرد بيان صورة المسئلة وقيل حينئذ كونه لا اجرة
بالاجزاء لا ما لو عين الابتداء على ما هو الحكم حتى في الشهر الثاني والثالث
كما صرح في الغنية والاسكافي رد الخلاف وان لم يصرح فيها بتعيين الابتداء الا انها
الا انه مراد قطعا وفيه منع بل الحكم من الثاني انه غير صحيح في ذلك بل هو
ظاهر فيه ولا قائل ان يستاجر الدار كل شهر بكذا وكل يوم كذا او لا ينكرها
الاجارة فان التصريح بعدم ذكر الاجل ظاهر في ذكر الابتداء وليس يعرى
وقد يبطل الجهالة الاجرة بين من قيد بعدم التعيين كالعلامة في ا
الفوائد وعلى التحرير والارشاد اما القول بالصحة في شهر مع التعيين
في الجملة كما لو عين الابتداء كما عرفت من المقنعة وقد يقال انه ظاهر كل من
اطلق الصحة في شهر نظرا الى ما هو المقرر عندهم من تنزيل الاطلاق على الاتصال
او بيان صورة المسئلة من غير غرض الاحتراز نظرا الى احتمال التي الماضيين
في عبارة المقنعة ومن صرح بالتعميم الى صورة نفي الابتداء الا انه ذكره
عما لو اطلق كما عن المختلف والغري في الايضاح وحاشية الارشاد وجامع

المقاصد والمسالك نصا والاقوال ثلثة الصحة فيهما والفساد كذلك وهنا قول رابع نقل
من الحلي وهو الفرق بين الاطلاق وتعيين الابتداء فالفساد في الاول والصحة
في الثاني نقله مفتاح الكرامة ولم ينقله غيره بل عن المختلف نسبة البطلان
اليه مع تعيين الابتداء ايضا والظاهر ان ما زعمه السيد ره من خطاء العلامة
في النسبة ليس بواضح لان عبارة الحكاية ظاهرة في مسئلة اخرى واختار العلامة
في القواعد فيها الصحة وهي ما لو عين شهرا واحدا في الاجارة ثم قال وما زاد
فبحسابه قال في محكي السرائر بعد ان قال بالبطلان في مسئلة اجارة كل شهر بدرهم
اما ان قال اجرتك كل شهر بدرهم اما ان قال اجرتك الدار من هذا الوقت شهرا
وما زاد فبحسابه فانه يلزمه المسمى فما زاد فاجرة المثل وهذا بعينه جزء من القول
وباب حكمها انتهى نعم فيما بعد المسئلة والقول الاول اشبه بالاصول ولعل ان
عند المص ولم يقم دليل مخرج او ناقل عنه عما اشير اليه مستند للقول الثالث وهو
تجهيل الاجرة وفيه منع صغرى وكبرى لان منفعة الدار معلومة كل شهر منها
بكذا فلا جهالة لا في المنفعة ولا في الاجرة ولو سلم فلا دليل على لزوم رفع
مثل هذه الجهالة لا في مطلق العقد او في خصوص الاجارة التي هي والجعالة متقاربتان
وفيه ان الجهالة المانعة في المعاوضات اللازمة ليست هي خصوص الابهام كما
وكيفا كالصبرة المجهولة الوزن او الشيء المجهول الطعم مثلا بل ما يعم ذلك والكلي
الغير المعين كاحد هذين او شاة من هذه الشياه ونحو ذلك مما لا يرجع الى كلي
موصوف وقد يطلق الابهام على هذا ايضا بل قد يقال ان الجهالة ههنا اشد من
الابهام المشار اليه الراجع الى التخيير بين احد شيئين لان المنفعة شيء معدوم لا يقبل
التمليك الا بعد اتخاذه بدلا ولا واخراجه من حد العدم الى الوجود وبعده
باق تحت العدم الذي هو البحت لا حكم عليه بشيء ولا به على شيء وما يرشد الى
كون الابهام هنا فوق الكلي المردد انه لو مات المستاجر لم ينتقل الى ورثته

شيء معين

شيء معين
ولا جزء معين اذ لا على القول بصحة الاجارة مطلقا كما يقوله الحلي وموافقوه لو
مات المستاجر فاي شيء ينتقل الى الورثة من منفعة الدار لا سبيل الى تعيين
شهر واحد لعدم المرجح ولا على جميع الشهور كما لا يخفى والبحث لو قيل بالصحة
ففي اي وقت يستحق الاجرة واي مقدار منها يملكها وتعيين زمان الاستحقاق بالدخول
في اول الشهر فيستحق اجرة ذلك الشهر دون غيره الى ان يدخل فيه فهكذا فان
انقضى الشهر الاول فله الفسخ قبل الدخول في الشهر الثاني كما احتمل او قيل على
هذا القول تحكمات سخيفة لا اصل لها ولا دليل خارجة عما يقتضيه الاجارة حكما
في غيرها فيبطل القول الثاني وهو القول بالصحة مطلقا واما على قول المص ومن وافقه من ا
الصحة في شهر واحد فله تقرير ان نسبة الاجارة المجهولة الى الواحد كنسبتها الى الاثنين
فتعيين شهر واحد ان جاء من طرف الاجارة فالمفروض خلافه اذ الكلام فيما اذا
اجرها من غير تعيين شهرا وشهرين ولذا قلنا ان تمليك المنفعة كذلك بل كل شيء
محال عقلا وان جاء من الافتراء فهو الحكم ومن هنا يحتمل قويا ان يراد قول المص وكل
من قال بالصحة في شهر على ما لو عين الشهر الاول اما بالنص كان يقول اجرتك
هذا الشهر بدرهم وما زاد فكذلك او بقاعدة حمل الاطلاق في الاجارات المطلقة
بحسب الزمان على الزمان المتصل بالعقد فيرجع الى المسئلة التي نقلناها عن القواعد
والسرائر انفا فان القول بالصحة ح قوي جدا لكن الحق ان قاعدة تنزيل الاطلاق
على الزمان المتصل انما تنفع فيما اذا عين شهرا او لم يعين ابتداءه كان يقول
اجرتك شهرا من دون تعيين الابتداء فينزل ح على الزمان المتصل
بالعقد على القول به واما اذا لم يعين شهرا ولا شهرين فلا معنى لكون متعلق
الاجارة ح شهرا واحدا حتى ينزل على المتصل بالعقد نعم اذا قال اجرتك شهرا
وما زاد فبحسابه لم يبعد الصحة لان الاجارة ح تتعلق بذلك الشهر ويكون
قوله ما زاد فبحسابه وما جرى مجراه كان يقول اجرتك هذا الشهر بدرهم وما زا

معاولة باطلة متخللة بين الايجاب والقبول او شرطا في ضمن العقد فان قلنا بفساد
العقد بفساد الشرط فسدت الاجارة ايضا لذلك لا لاجل الجهالة وكان نظر
العلامة في القواعد حيث اختار فيه الصحة في الشهر خاصة كما تقدم الا الى الوجه
الاول اعني المقاولة دون الشرط الفاسد مفسد هذه فما اراد بعض مشايخنا فيه
عليه غير ظاهر واما الحل فهو ممن يقول بعدم الافساد ويدل على الصحة ايضا
مضافا الى ما عرفت من عدم الجهالة في المنفعة صحيحة ابن حمزة المتقدمة في المسألة
السابقة الواردة في من اكرى دابة الى مكان معين بشيء معين ثم قال فان جاوزته
فله كذا وكذا فان مورد الرواية وما نحن فيه من واد واحد وهذان شرطان في
الاجارة اجرة اخرى على تقدير الزيادة فان عينت الاجرة الاخرى بان او
معينة كما في صحيحة الاجرة صح شرط كما هو الا فان كان من اجارتين باجرتين فسد
ايضا كما عرفت وان كان من الشرط في ضمن الاجارة بني على فساد العقد عند فساد
شرطه وعلى لزوم الموالاة بين الايجاب والقبول وعدمه فعلى الاول فانه
ايضا ويفسد ولكنه ضعيف ولذا لم يذكره احد في مسألة شرط الفاسد في العقد
وانما لم نجعله من الجعالة كما مر في المسألة السابقة لاحتياج الى عمل ولا عمل فيها
ومن هنا يظهر ان تصحيح اصل المسألة بارجاعها الى الجعالة دون الاجارة حتى
تكون فاسدة كما قال بعض مشايخنا فيه حيث قال بعد اختيار القول بالفساد
هذا كله بناء على فرض الاجارة واما لو فرض بوجه يكون كالجعالة بان يقول ان
شئت حملت لك على كل شهر او تكتبه درهما لم يبعد الصحة لعدم اعتبار العلم فيها
ان بد من ذلك ليس في محله لما عرفت من عدم العمل هنا الا من المستاجر الذي هو
دافع الاجرة لا اخذها واما ما ذكره بعد ذلك حيث قال كما لم يبعد الصحة لو جعل
من قبيل الاباحة باعواض معلومة ملتزم بالتلف كما في نظائره من الاعيان وا
المنافع فما يرد عليه اولا بان اللفظ لا يساعد وثانيا بان الاباحة بعوض ان صح

تعوض

بعوض من المعاوضات التي لا تقبل الغرر لعموم دليله وثالثا بان الاباحة مشروطة
بشروط المعاوضة كما ذكره في المعاطات ورابعا بان الاباحة لا تتعلق بالكلي بل بالعين
الخارجي والاجرة اعم منها وخامسا بعدم دليل على صحته لخروجه من المعاوضات المتعا
رفة واختصاص ادلة ابا العقود بالمتعارف نعم يتوضح الحال على فرض كونه من الاباحة
بطلب ما ذكره وتكلمناه في المعاطات وقد فرغنا عنه في اول هذا الكتاب وذكرنا
هناك ان المعاطاة جارية في الاجارة ايضا وان شروطا لعقد ليست شرطا فيها
خلافا لمن خالف وعلى هذا امكن رد المسألة بطريق المعاطات ولو في ضمن الصيغة
الفاسدة ولكن بناء عليه لا اثر لها الا بعد حصول المعاطات من جانب او جانبين
على الاحتمالين او القولين في المعاطات والله العالم بقي شيء وهو ان فساد الاجارة في
المسألة على القول به مستند الى تجهيل المنفعة دون الاجرة فانها وان كانت مجهولة
ايضا الا ان جهالتها ناشئة من جهالة المنفعة فلا وجه للتعليل بتجهيل الاجرة
كما صنعه المص كذا قيل ويمكن التوجيه بان مالية المنفعة انما هي بملاحظة ما يقابل
بازائها من الاجرة والا فهي معدومة لا تخلو من الاموال عند من ملاحظة الاجرة
ليست مما ينقسم الى المعلوم والمجهول وان كانت معلومية الاجرة هنا بمعلومية
المنفعة فهو فيهما في صفة المالية والنهي متعلق بها ان لم تتوقف مالية المنفعة على المقا
بل بالاجرة وتتوقف معلومية الاجرة بمعلومية المنفعة ثم فرعان من فروع الترديد
في الاجارة كما تقتضيه سياق العبارة وصرح به غير واحد الاول لو قال معاولة وقد
لفظه لا انشاء الاجارة على طبقها ان خطته فارسيا اي بدرز واحد فلك درهم وان
خطته روميا فلك درهمان صح وفاقا للمحكي عن طارف والتحرير وكرة وفد واللمعة وجمع
البرهان والكفاية مع الاشكال كما عن التحرير والارشاد ويبطل كما عن الباقي خلافا
للمحكي عن السرائر ثم التلف والايضاح وحاشية الارشاد والعز والحواشي وجامع المقاصد
والمسالك والروضة وعن التحرير الميل اليه وان قال ان الاقرب الاول من قوة وفي الروا

الزيادة واحتمال اجرة المثل المثل والمسمى كما من التذكرة في اول كلامه وغاية المراد وا
المفاتيح واستند لو الى الصحة الى الاصل والعمومات مع عدم المانع نظرا الى ان كلا من
الفعلين معلوم واجرته معلومة والمانع لا يخلو امنهما وان الاجارة يحتمل من العقود
وما لا يحتمله البيع كما صرح به في غير موضع منه بالنصوص الواردة في مسئلة الحمل
المتقدم كلمن الخلاف بعد الاستدلال بقولهم ع المؤمنون عند شروطهم قال
ان في اخبارنا ما يجري هذى المجرى اراد مسئلة الحمل وعن غاية المراد تلقيه
بالقبول وان المسئلتين سواء فقال كما هو ظاهر اللمعة انتهى بل الظاهر المحكي عن
التذكرة حيث نقل استدلال الخلاف وسكت وصرح مفتاح الكرامة حيث صرح
ما مضى من المسائل وما يأتي كلها من باب واحد من باب الترديد في الاجارة نعم عن
لف رد الاستدلال المذكور بالفرق بينهما بارجاع النقص بالتالي الى الشرط في مسئلة
النقل دون هذه المسئلة وعن مجمع البرهان الاستدلال عليها بصحيح ابن حمزة المتقدم
الوارد في استيجار الدابة الى مكان وما زاد ورواية منصور بن يونس المتقدمة في
مسئلة النقل وربما استدل له ايضا بقوله ع من قائل ان انكحك احدى ابنتي هاتين على
ان تاجرني ثماني حجج فان اتممت عشرا فمن عندك كما جائت به الاخبار وفي تفسير علي بن ابراهيم
البه جواب موسى ع بعنى وبينك ايما الاجلين قضيت فلا عدوان علي قيل اي لا
تعتد علي بطلب الزيادة وفيه تأمل بل الظاهر انه لاظهار المواصات وطيب النفس في كل
من الاجلين وانه ليس في اختيار طول الاجلين اجحاف علي وروي انه ع اوفي
اطولهما وكذا زيدهما عشر سنين وفيه ايضا تأييد على الترديد في الاجل والظاهر ان
مبنى الاستدلال على عدم القول بالفصل بين الترديد في احد العوضين والترديد
فيهما معا كما في مسئلتنا ونحوها من المسائل الماضية والا فالفرق بين ما في الاية وما
نحن فيه غير واضح وفي الكل نظر اما الصحيح فلا وكما عرفت غير مرة من العقود التي لا كاد ربما
دعوى اغتفار بعض ما لا يغتفر في البيع فيه وجدناه في المسئلة بعد قيام الدليل على الصحة

بينهما

بينهما انى الحافظة من الغرر والجهالة وان اريد الفرق بينهما في خصوص
المسئلة فصادرة واضحة ومنه يظهر فساد ما تضمنه الاستدلال من دعوى
معلومية كل واحد من الفعلين وكل واحد من الاجرتين اذ لا يحصل له
بظاهره بعد الاجماع القطعي على عدم اطراد ذلك في الاجارات اذ
لو قال ان ركبت دابتي الى كذا فعليك كذا وان سكنت داري مثلا فعليك
كذا فهل يقول بصحته بعينه او منفعته واما الثاني فلما عرفت فقد ظهر
ضعفه اصلا وفرعا لان المختار في الاصل هو الفساد على فرض كونهما من التخيير
في الاجارة ولو قيل بالصحة انتصر عليها فيهما وانهما خالفا الاصل الى مورد
النص وعلى فرض كونهما من الاشتراط في ضمن العقد كما عرفنا الفرق واضح
كما سمعت انفا من المخالف في رده وايراد بعض عليه بامكان ارجاع هذه
المسئلة الى اشتراط النقيصة في ضمن العقد لان معنى قوله ان خيطته فارسيا
فلك درهم او درهما فذلك درهمان هي الاجارة بالاكثر وشرط النقص
على النقد بالاضرار ضمنا وان لم يصرح بما يرد وبانه لا يصح والفساد في صيغ
العقد تابعان للعبارة دون المعنى واما الثالث فلان صحيحه الى حمزة
ظاهرها الصحة في المسئلة التي نقلناها عن القواعد في مسئلة كالشهر من
نعين بعض الازمان في الاجارة واشتراط اجرة اخرى فيما بعد ذلك
فانها وان وردت في المكان الا ان المكان مثل الزمان في ذلك ولا
ربط لها بما نحن فيه والصحة في تلك المسئلة مما اخترناه خلافا لمن عرفت
واما موثقة منصور فالعجب من الاستدلال بها في امثال المسئلة دون نقلها
في مسئلة النقل استدلالا غير واحد بينهما عليها مع عدم مساسها بها
ولا بما يشابهها كما صرح به غير واحد واما الرابع فلان الاية من وجوه
عديدة مخالفة للقواعد فلا بد من حملها على التقابل لها كانعين الزوجة

شرط انتفائه فكيف يجوز نكاح احد الابنتين وكيف يحمل قوله شعيب ع
على انشاء النكاح ثم لك سلمنا ان انشاء صيغة الاجارة التي كلامنا فيها
لان مطلق الاستحباب الصادق على الجعالة والمعاطاة وغيرهما مما
يفيد فائدة الاجارة ولذا لم يستدل بها احد من الاصحاب وتركه من وا
فقهم بعض المتأخرين مع ان لفظ اريد صريح في المقاولة والوعد على
النكاح في المستقبل وح ينبغي ان يكون معنى قوله عن مهر فانك تاجرني
خدمتي فيكون من باب جعل الصداق الخدمة التي لا اشكال في جوازه مع
التعيين هذا كله اذا اقتصد بقوله ان خيطته فلك الخ الاجارة وان اريد
بها الجعالة وفاقا للمحكي عن السرائر والتذكرة والحواشي وغاية المراد والمسالك
وجامع المقاصد اذ لا مانع منها سوى ما عن الف ردا على المحكي من ان الجعالة يشترط فيها
تعيين الجعل ايض وفيه منع اذ يصح في الجعالة ان يقول ان رددت عبدي من
موضع كذا فلك كذا او من كذا فكذا او ربما يحمل العبارة عليها في الكتاب وفي
كل ما هو مثله في التعبير نظرا الى عدم صلاحية العبارة المذكورة لصيغة الاجارة
قطعا فكيف يقول مثل المص بصحته مع تقدم القبول على الايجاب وح يرتفع الخلاف
في المسئلة اذ الظ عدمه على تقدير كونه جعالة قلت هذا الحمل مقطوع بعدمه في
كلمات الاصحاب فانهم صرحوا بانها نفس الاجارة او تفسد ويدل عليه ايض سائر
التفريع كما لا يخفى واما عدم صلاحية العبارة المذكورة لعقد الاجارة فيندفع
بما ذكرنا من كونها مقابلة للاجارة على لفظها طبقها وهذا طريق الجمع بين اختلا
في صحتها اجارة وبين معلومية عدم صلاحيته لها لما ثاني لو قال ان عملت
هذا العمل في اليوم فلك درهما وفي الغد درهم فيه تردد للابهام وجها لنا
الجواز كما في السابق لانهما من باب واحد فوكلا ولا دليلا على هذا فلا وجه
الجزم في السابق والتردد هنا كما عن المختلف والكفاية ايض وربما قيل وجه الفرق

ان هذا

٨١

ان هذا نوع نظير قوله اجرتك كل شهر بدرهم الذي هو فاسد عند الاكثر
وهو كما ترى ويحتمل استناد الفرق الى الاختلاف في الزمان في الثاني دون ا
لاول لان اختلاف الزمان في الاعمال يوجب الاختلاف في المهنة فيكون كقوله
اذا اسكنتني داري سنة فلك دينار وان حملتني الى مكان كذا فلك دينار
بخلاف الاختلاف في كيفية الخياطة مثلا فان رجوعه الى اشتراط الحضور صح
في العقد اقرب والله العالم ويستحق الاجير الاجرة بنفس العمل سواء كان في ملكه
او ملك المستاجر كما عن السرائر والارشاد حيث قال لا يشترط في استحقاق الاجرة
والمطالبة بها تسليم العمل لانه ملك الاجير بالعقد فيستحق المطالبة وفي
الرياض نسبه الى المفاضلين وغيرهما ولعله اراد خصوص الارشاد والا ففي
القواعد استقرب التوقف على التسليم وكذا في التذكرة والرياض ومفتاح الكرامة وجماعة
الكلام ومنهم من فرق بين الحالين وهو الشيخ في محكي كلام على احد الاحتمالين
في كلامه قال في مسئلة التلف انه ان كان العمل في ملك الصانع لا يستحق الاجرة
حتى يسلم وان كان في ملك المستاجر استحق الاجرة بنفس العمل ولا يتوقف
تسليم احدهما على الاخر فليس للمستاجر الامتناع من دفع الاجرة لتسلم
ولا للموجر الامتناع من تسليم العمل بتسليم العين المعمول فيها لتسليم الاجرة
بل يجب على كل منهما التسليم قبل الاخر واما على الموجر فلان الثوب خارج
عن المعاوضة فلا حق له في حبسه واما المستاجر فلان الموجر وفي بمقتضى
العقد وعمل فلا حق له ايضا في حبس الاجرة والى هذا يرجع قولهم لا يشترط في وجوب
تسليم الاجرة وجوب تسليم العين المعمول فيها واشترطه كما في جامع المقاصد وعن
التنقيح وغيرهم في مفتاح الكرامة انهما مسئلتان لا تلازم بينهما لانه يجوز ان يكون
لكل منهما المطالبة ولا يجب عليها التسليم الا بالتسالم ويتسبب تحرير المسئلة على ا
الوجه الاول الموافق للمتن في المسالك والرياض ومجمع البرهان وقال انا لم نجد

فاذا بتوقف استحقاق المطالبة على التسليم بعد ان نزل قول العلامة في القواعد
وهل يشترط تسليمه الاقرب ذلك على الوجه الاول وانكر على صاحب الرياض حيث
نسب الخلاف في المسئلة الثانية الى المحقق الثاني وفيه ما عرفت من اتحاد المسئلتين
ومساوات العبارتين في الغرض لان مقتضى توقف المطالبة اي مطالبة الاجرة على
تسليم العين المعمول فيها اشتراط وجوب تسليم الاجرة الى الاجير بتسليمها فلا فرق
بين تحرير جامع المقاصد وتحرير المسالك وما ذكره من الفرق لا افهم معناه بل الظاهر
صدوره من عدم الاصابة بمعنى الخلاف حتى استصعب الامر عليه في كلام الاصحاب
وصدر منه تدقيقات وترجيحات كلها اشارات في تحرير محل النزاع وتطبيق الادلة على
الاقوال كما لا يخفى للملاحظ البصير والباعث على الاشارة الى ذلك تحفظا من الاغترار
له من الاغترار بها لانه دعوى تحرير مبنى الخلاف على وجه مفصح عن غفلته ونقول ان
من القواعد المسلمة بينهم كما مر مرة في اقسام المعاوضات البيع اقتضاء المعاوضة
التقارن في الاقباض فيجوز لكل منهما حبس العوض حتى يقبض المعوض بطريق الدفع
المعي وان شخص منه تسلم فلا يتوقف استحقاق مطالبة كل منهما للمعوض على
دفع العوض فلا يشترط تسليم المعوض في وجوب دفع العوض اذ الكل معناه ان
المعتبر المقارنة في الاقباض فان امتنع احدهما عن اصله التسليم اجبره الحاكم
على ذلك وان امتنع من التقديم كان له ذلك سواء في البيع وغيره في الثمن وا
المثمن خلافا للمحكي من الشيخ في خصوص المثمن فحكم بوجوب التقديم في البايع وا
السر في ذلك ان حقيقة المعاوضة تقتضي قيام كل من العوضين مقام الاخر
من كل جهة فلو وجب على احدهما الاقباض قبل قبض المقابل لزم ارتفاع ما به من
قاله بلا عوض في ان التسليم وهو خلاف ظاهر انه لم يدل على حق الحبس في العوض
لكل من المتعاقدين دليل خارج من دليل صحة ذلك العقد فان كان الحبس الممنوع
عنه مما اقتضاه المعاوضة لم يكن محتاجا الى الدليل بل من يدعي خلافه ولذلك

امتي حق

امتي حق الحبس ثم ان واضحة تطلع على بعضها انشاء الله نعم وهذه القاعدة في الا
جارة ايضا جارية بلا اشكال ولا خلاف فيما اذا كانت متعلقة بالاعيان ايضا
اذا لم يكن العمل متعلقا بعين منقولة لو لم يكن متعلقا بعين منقولة ولو لم يكن
متعلقا بعين كالصوم والصلوة ونحوهما من الاعمال المتضمنة اذا كان متعلقا بعين غير منقول
كزراعة الارض وبناء المسجد وامثالها وانما الخلاف والاشكال فيما لو كان
العمل المستاجر عليه الاعمال فانما بشيء منقول كالثوب والخاتم ونحوها ومبنى الخلاف
هو انه هل يكفي ايجاد العمل هنا في تحقق التسليم المعتبر في المعاوضة كما في غيرها
متعلقا بعين منقولة فيسقط حق حبس الاجرة على المستاجر ووجب عليه التسليم او لا
فيه اقوال ثلثة ذهب المصنف ومن عرفت انفا الى الاول وذهب العلامة والمحقق الثاني
وغيرهما من الى الثاني وظاهر الشيخ في كلامه المتقدم من المبسوط على احد الاحتمالين
انه نعم الاحتمال الاخر والاول اقرب وفاقا للبعض مشايخنا ثم خلافا للمحكي عن
درس شيخنا الاستاد وتلامذته لما عرفت من بيان منشأ الخلاف من تحقق التسليم
المعتبر في الاجارة لان التسليم المنفعة في التوقف على تسليم العين المستاجرة
فان تسليم العمل انما هو بالفراغ عنه بخلاف المنفعة فان تسليمها بالقبض لما كان
لكونها معدومة قام تسليم العين مقام تسليمها بل مقتضى المقابلة بالمنفعة
جواز مطالبة الاجرة هنا بوجود العمل او جزء من العمل منها لكونه معدوما قام
تسليم العين مقام تسليمها بل مقتضى المقابلة المنفعة جواز مطالبة الاجرة
هنا بوجود او لجزء من العمل بناء على ان هذا الامر التدريجي من لوازم
جوده بوجود اول اجزائه كما يحكم بوجود النهار بمجرد طلوع الشمس الا ان ظاهر
الاصحاب والفتاوى ملاحظة الامر ونحوها تقتضي بتوقف استحقاق
المطالبة على اتمام العمل ويمكن ان يستدل انهم بالتصريح لا يجب عرفه حتى يعطي
اجره لان ترك الاستفصال واطلاق الكلام كلاهما قاضيان بسقوط اشتراط تسليم

العمل مضافا الى قاعدة السلطنة الناشئة من العقد الذي افاد المالك
ومما يؤيد او يدل على كفاية وجود العمل في فصل مط انه لو استاجر على خياطة
ثوب مغصوب مثلا غير مقدور على تسليمه بلا اشكال مع ان امكان الاقباض
الذي هو شرط لصحة العقد مفقود فعلى مذهب المص الا يصح هذه الاجارة
وليس في مقابل ما ذكرنا شيء سوى دعوى توقف التسليم عرفا على المنازع فيه على
تسليم العمل وهو غير واضحة وربما وجه بان العمل من حيث هو مع قطع النظر عن
الترتب عليه ليس شيئا متمولا يبذل في مقابل المال ولخياطة العمل لو سلم كونه كا
فيا في التسليم بالنسبة الى العمال نظرا الى كون تسليم كل شيء بحسبه فلا يسلم كونه كافيا
في تسليم مالية التي هي الملحوظة في المعاوضة وتبذل لاجلها المال بل لا بد من
تسليم الاثر وتسليمه لا يمكن الا بتسليم المحل وفيه ان الاثار معلولة للمؤثر فهي تابعة
له في التسليم فكيف يتصور التفكيك بين تسليم الاثر وبين تسليمه وتسليم مالية
القائمة به مع كونها من صفاته بعد الاعتراف بتسليم العمل لا مجال لانكار تسليمها
ولو منع من تسليم العمل فهو ايضا ضعيف اذ لا معنى لتسليم العمل الا ايجاده كان الاعما
الغير المتعلقة بالاعيان وعن الشهيد في الحواشي بناء المسئلة على كون الصفة كا
الاعيان ولو رد عليه في جامع المقاصد بانه لا حاجة الى البناء المذكور لان المعاو
على المنافع امر متفق عليه ولا يبعد في المعوضين من التقابض كالبيع قلت مقتضى
ظاهر الايراد الالتزام بعدم توقف المطالبة على تسليم الصفة وهذا ينافي قوله
بالتوقف سندا لا بان مقتضى المعاوضة لا يجب على احد المتعاوضين التسليم
التسليم الا مع الاخر ففي كلامه تهافت بين لان مقتضى الاستدلال توقف
تسليم العمل على تسليم العين المعمول فيها وهو لا يتم الا بعد ملاحظة التقابض
بين الاجرة والصفة الحاصلة من العمل ومقتضى رده على الشهيد ملاحظته بينها
وبين العمل نفسه فكيف كان فكلام الشهيد مبني على ما عرفت في الترجيه المذكور

بلا تم

بلا تم اتحادهما فيه عرفت ما فيه اما اولا فلان المعاوضة انما وقعت بين
الاجرة ونفس العمل دون الاثر الحاصل منه فان اراد بالصفة نفس الاثر فالبناء
فاسد لان كون الصفة كالعين في وجوب التسليم لا ينافي العقود بجواز المطالبة
هناك دون تسليم العين المعمول فيها بعد ان كان العوض نفس العمل وثانيا
وان اراد بها الاثر الحاصل منها فالمبني فاسد لان العوض هو نفس الصفة الحاصلة
منه وان زعم انه لا بد في تسليم العمل تسليم الصفة ايض كما قاله المرجح ففيه
ما عرفت وقال في جامع المقاصد في مسئلة سقوط الاجرة بتلف العين في يد
الاجير ان الاشكال في المسئلة الذي ذكره المص رح ينشأ من ان التسليم المعتبر
في المعاوضة لم يحصل فيكون التلف من الاجير ومن ان العوض انما يكون هو
نفس العمل وقد حصل ثم قال ويضعف بان المستاجر عليه وان كان هو نفس
العمل لكن التسليم غير حاصل وانت خبير بان منشأ الاشكال الذي بعينه
هو ما ذكره الشهيد ره ثم ان الضعف الذي ذكره مصادرة واضحة كما عرفت وله
كلام اخر بعد ذلك فان للبعض ما ذكره بان نقله فكيف كان فقد ذكروا المسئلة
ثم ان فيها سقوط الاجرة لو تلف العين في يد الاجير على القول بتوقف مطالبتها على
التسليم كان القول عليه اشكال وكذا في حكم الحواشي لقاعدة كل مبيع تلف
قبل قبضه فهو من مال بايعه بناء على جريانها في مطلق المعاوضات
كما صرح به في محكي صلح التذكرة وهو الظ من بعض ما ذكره في مسئلة المبيع قبل
القبض وجواز بيع ما انتقل الى البايع بغير البيع قال على ما حكي عنه والمال المضمون
في يد الغير بالقيمة كالعارية المضمونة او بالتفريط وشبهه ضمان اليد يجوز
بيعه قبل قبضه لكمال الملك لا اجرة العين وقال الشافعي في لا يصح لتوهم الانفساخ
بتلفه كالبيع انتهى وصرح المحقق الثاني بذلك في المقام كما مر في
عبارته المنقولة منه واصرح منه ما ذكره بعد هذا فالحاصل لما سبق وعبارته بذلك

على سقوط الاجرة بتلف العين في يد الاجير على ان القصارة عين او اثر لم يسقط
والد هذا انظر الحكم بضمان الزوج المهر وعوض الخلع وان لم يكن مثل ضمان ا
المعاوضة لان تلف احد العوضين في المعاوضة الحقيقية يوجب انفساخ العقد
ومعنى الانفساخ هنا رجوع التالف قبل التلف آنا ما الى ملك من تلف في
يده اما حكما بمعنى الانتقال في عوده الى ملكه بعد الخروج عنه على هذا الحكم
اعني الضمان بالمسمى خاصة دون سائر الاحكام بل يحكم بكونه ملكا للمشتري في باب
الضمان ولو مات كان تجهيزه على المشتري وعليه الكل والحاصل انه نسب اليهم
غير العلامة خاصة في بعض فتاويه حيث نقل عنه الحكم بكون تجهيزه على
البائع ايضا او حقيقة بمعنى ترتب جميع احكام ملك البائع عليه حتى التجهيز واما في
مثل النكاح والخلع مما يشبه المعاوضات فلا يوجب الانفساخ لعدم مقابلته بالعوض
حقيقة بل يوجب الضمان بالمثل او القيمة خاصة ومن هنا احتمل كون ضمان المهر وعوض
الخلع راجعا الى ضمان اليد دون المعاوضة ولعلهم استفادوا من قوله كل مبيع تلف
قبل قبضه فهو من مال البائع قاعدة كلية مطردة في كل مضمون بالعقد معاوضة
كان ام لا ولذا اعملوها في تلف الثمن ايضا مع اختصاصه بالمبيع لكن صرح بعض
مشايخنا في الباب باختصاص قاعدة الانفساخ بالتلف بالمبيع وعدم التعدي الى ا
الصلح والاجارة ونحوهما من المعاوضات فضلا عن النكاح والخلع وما يشبههما
ولعله لا يتعدى الى الثمن ايضا او يقتصر في التعدي الى الثمن خاصة اذ المرجع في
التعدي عن مورد النص هو نظر الفقيه ثم ان ما نقلناه هنا عن جامع المقاصد
هو الذي ذكرنا انه مناف لبعض ما ذكره سابقا فانه صرح في رد الشهيد انه لا
مدخلية لكون المنفعة ملحقة بالاعيان في مثل اشتراط المطالبة بتسليم العين
فكيف بنى عليه في هذه المسألة مع انها من فروع تلك المسألة ثم اراد لكون المنفعة
ملحقة بالاعيان في مثل اشتراط المطالبة بتسليم العين فكيف بنى عليه في هذه المسألة

مع انها

قلنا انها عين سقطت الاجرة كما يسقط الثمن بتلف المبيع قبل القبض وان قلنا انها اثر

مع انها من فروع تلك المسألة ثم قال وتنقيحه ان القصارة ان كانت من الاموال فـ
انها تقابل بالمال فالحكم الاول وان كانت لا تقابل بالمال وانما هي صفة للمال فالحكم الثاني
وقد سبق في المفلس ان الصانع يعد شريكا ويشهد له انها تقابل بالمال و
يعتبر في صحة المقابلة وجريان المعاوضة عليها كونها متقومة في نفسها ولا معنى
لمقابلتها الا عدها مالا والظ استحقاق الاجرة انتهى كلامه رفع مقامه وان ظ قوله
وتنقيحه ان نفاه هذا المعنى ومقتضاه سقوط الاجرة كما ... فقوله والظ استحقاق
الاجرة في آخر كلامه مناف لذلك ولا وجه له ايضا بناء على مختاره في المسألة من اشتراط
التسليم لان مقتضاه بعد ملاحظة قاعدة الانفساخ الجارية في الاجارة باعترافه
سقوط الاجرة سواء قال بصحة هذا المبنى او فساده وقد نقل عنه في مفتاح الكرامة
استظهار عدم الاجرة وهذا هو الاصح دون النسخة الاولى لكن بقي البحث على
المقالة اذ لا وجه للاشكال بعد استقرار الاشتراط اللهم الا ان يكون وجه
الاشكال في جريان قاعدة كل مبيع تلف قبل قبضه هنا الا ما ذكره المحقق الثاني
وهو في محله ولذا صرح بعض مشايخنا قده هنا باختصاصها بالبيع وعدم
ثبوتها في الصلح والاجارة اقتصارا فيما خالف الاصل على موضع النص فان
قال بجريانها فيهما بعد تسليما لنفي الخلاف دونها ان فرع على القول بالاشتراط انه لو تلف
العين المعمول فيها تخير المستأجر بين تضمينه اجرة المثل او المسمى اما الاجل تعذر
التسليم الموجب للخيار فيكون المستأجر مخيرا بين استرداد الاجرة بالفسخ
وبين تغريم الموجر اجرة المثل او الاجتماع السببين سبب الانفساخ لكون ا
التلف الموجب له مطلق شامل لما كان باتلاف المؤجر ايضا وسبب الضمان وهو
الاتلاف على ما تقرر في باب البيع فيما اذا اتلف البائع المبيع فيتخير المستأجر بين اعمال
السببين وان كان بين الوجهين فرق في احكام الملك فانما يجري على قول
في ملك العامل على الثاني بناء على ما هو المذكور من وجوب تجهيز العبد التالف

كالاموال

على البايع وعلى الاكثر يجري عليه وهو في ملك المستاجر كما لا يخفى واما على القول
بعدم الاشتراط فينبغي تضمينه اجرة المثل كما ذكره ولو اتلف الصانع الثوب بعد
عمله تخير المالك في تضمينه اياه غير معمول ولا اجر عليه وفي تضمينه اياه معمولا
ودفع اليه اجره لانه مبني على مختاره من الاشتراط فهو جيد وان لم يتعين مشايخنا عليه
وعلى المحقق الثاني في بيان وجه التخيير الراجع بالتامل فيما ذكرنا مبني على عدم
ثبوت قاعدة الانفساخ في غير البيع عنده كما ان اقتصاره فيها على مورد النص وهو البيع
واما ما عن المبسوط من تضمينه غير معمول فيه فهو مبني على عدم التخيير بين اعمال
السببين في الاتلاف لبايع المبيع وتعين العمل بقاعدة الانفساخ في التلف لكونها
سببا لخروج المورد عن مجرى قاعدة الاتلاف فلا يجتمعان في مورد واحد فلا بد من
الاخذ باحدهما ورفع اليد عن الاخرى ولما كانت قاعدة الانفساخ اخص تعين
العمل بها كما ان ما يقال او قيل في المسئلة ايضا من تعين تضمينه معمولا فهو مبني على
عكسه اعني العمل بقاعدة الاتلاف دون قاعدة الانفساخ لانصراف التلف في النص
على ما كان بغير الاتلاف او بعدم ثبوت قاعدة الانفساخ في غير البيع ولو قلنا بالتخيير
فيه بينها وبين مقتضى الاتلاف واما احتمال تضمينه معمولا مع عدم دفع الاجرة
كما في جواهر الكلام عملا بالقاعدتين معا لان غاية ما تقتضيه قاعدة التلف سقوط
حق الموجر واما سقوط حق المالك الثابت له من جهة الاتلاف فلا ولم اجد به قائلا
ولا وجها فظهر ان في المسئلة ثلاثة او اربعة اقوال على احد الوجوه في الاتلاف البايع
ووجه رابع خارج عن تلك الوجوه وهو الاخير ومنها جواز حبس العين للموجر
على القول بالاشتراط لو كان المستاجر غير باذل للاجرة اذ المفروض عدم تحقق ا
لتسليم العمل بمجرد الفراغ دون توقفه على تسليم العين ومقتضى المعاوضة كما
عرفت جواز حبس كل من المتعاوضين ما عليه من العوض ولا بد من جواز حبس
العين مقدمة وعلى القول بعدم الاشتراط وتحقق التسليم المعاوضي بمجرد
الفراغ

الفراغ فليس له حبس العين من جهة المعاوضة وان جاز له من جهة القصاص
ونحوه لكنها خارجة من حيث البحث فالثمرة في جواز الحبس من جهة المعاوضة
وعدمه ويتفرع عليه ثمرة اخرى في الحكم الوضعي وهو ضمان العين لو تلف من
غير تفريط على القول بعدم الاشتراط وعدم الضمان على القول بالاشتراط على
ما نبه عليه الشهيد في محكي الحواشي وتلقاه بعض مشايخنا بالقبول وان الضمان
وعدمه يدور مدار الاذن في الحبس وعدمه لكن العلامة مع قوله بالاشتراط
قال بالضمان ووجهه في جامع المقاصد بان جواز حبس العين ليس مما اقتضته
المعاوضة لعدم كونها عوضا وانما هو مقدمة لما اقتضاه ولانه بعد الفراغ
يخرج عن كونه منافيا فلا يكون امينا وان لم يكن مسلما للعوض فيضمن ضمان
اليد ولان حبسه كان لمصلحته لا لمصلحة المالك فلا يكون يده يد امانة وايد
بعض بضمان الملتقط لو تصدق باللقطة مع كونه ماذونا في التصدق فيحمله
ان اذن الشارع اذا لم يكن لمصلحة المالك لم يكن رافعا للضمان وفي الكل
نظر اما الاول فلان الاذن الرافع للضمان لا يعتبر فيه ان يكون متعلقا بنفس
العوض والا لم يكن رافعا له في الاجارة مطلقا واما الثاني فلان كونه امينا ناش من
كون وضع اليد على العين بحق من حيث توقف الوفاء الماموريه على ذلك وهو
بعد باق ضرورة عدم كفاية وجود العمل في الوفاء بناء على اشتراط التسليم
واما الثالث فلان التحقيق ان يكون التصرف مصلحة للمتصرف لا يمنع من
امانته اذا كان باذن الشارع والمالك والا لا نقض بالمستعير والمستاجر
فان قيل ان التصرف في العين المستاجرة مصلحة للمالك لا المستاجر لكونه
مقدمة لاستقرار ملك المالك للاجرة قلنا ان الامر كذلك في يد الصانع
ايضا لكون وضعه اليد على العين فيه مصلحة للمالك من حيث كونه مقدمة
لانتقال ملكه وهو العمل اليه ولكن قيل انه مقدمة لاستقرار ملكه للاجرة فيكون

القواعد حيث قال

مع فرض اسماح ... غير باذل ... المستاجر غير باذل ... حبس ما عليه من العوض

لا ان لكم

مصلحة له لا للمالك فلا يلزم من ذلك كونه ضامنا للعين حال العمل ايضا والحكم خلافه
والتحقيق الذي مر في بيان قاعدة الامانة سابقا وهو ان الامانة المالكية
غير موجود في الاجارة مطلقا لان المستاجر لما كان مستحقا للمنفعة المتوقف
استيفاؤها على التصرف في العين كان امينا بحسب الحكم الشرعي وهو مطرد في الاجارة
حتى في تصرف الاجير في العين فقد بينه وكونه مصلحة للمالك او للمتصرف لا دخل له في
صدق الامانة الشرعية عنه وضمان الملتقط بعد القصد فانما هو ضمان الاتلاف
لا ضمان تلف وضمان الاتلاف لا يرتفع بالاذن الشرعي ولا المالكي نعم بل
بشرط المجانية ولذا يضمن في الاكل في المخمصة فالظاهر ما اختاره بعض مشايخنا
وفاقا للمحكي عن ظاهر الحواشي من عدم الضمان اذا حبسها لاستيفاء
الاجرة على القول باشتراط التسليم ثم ان مقتضى المعاوضة ان يكون لكل من ا
لموجر والمستاجر حق الحبس قبل اخذ ما على الاخر كما في البيع وقد مرت الاشارة
اليه فلا يجب على الاجير تسليم العمل اولا وبه صرح بعض مشايخنا كما استدل
عليه بما ذكر والاصل الى ان قال ولم يشر احد من الاصحاب الى وجوب تقديم
العمل اولا بل الظاهر من كلماتهم جريان حكم المعاوضة عليها على حذو البيع قلت
ظاهر الرياض كالمحكي عن الاردبيلي والتذكرة وجوب تقديم العمل وتسليم العين
المستاجرة قال ولا فرق بينهما بمعنى الاجرة والمنفعة الا في ان تسليم الاجرة بعد
تمام العمل او دفع العين المستاجرة ولا كذلك المنفعة فانه يجب تسليمها مع المطالبة
لتسليم العمل والعين التي وقع عليها الاجارة وفي الايضاح انه لا كلام في كون الاجرة حيث قال
اذا اطلق كانت الاجرة معجلة واستحق استيفاؤها اذا سلم العين الى ا
لمستاجر عند علمائنا فذلك لا ظهور في عبارة التذكرة واما عبارة الرياض فظاهرها
ما عرفت وظاهر كونه مسلمات ولا وجه له الا دعوى التعارف على سبق العمل ودفع
فلو فصل بين الموارد لكان وجيها حيث لا تعارف ولا وجه لوجوب تقديم العمل

خلاف ما

بسم الله الرحمن الرحيم

خلاف ما يقتضيه المعاوضة ودعوى الاجماع عليه نقلا بعيد جدا بل مقطوع
العدم تنبيهات الاول ظاهر قولهم انه لا يجب تسليم الاجرة الا بعد العمل
عدم استحقاق البعض ببعض العمل ايضا ولكن صرح بعض مشايخنا بانه لا
جبر شبهة العبادة مثلا يستحق اجرة كل شهر او كل يوم وان المراد بقولهم المذكور
الاحتراز عن عدم العمل راسا وهذا الخلاف للبيع لا يوجب استحقاق الثمن
بالنسبة قلت لو كان اجماع فهو والا فمقتضى المعاوضة التبعيض لان المقابلة
واقعة بين اجزاء العوضين فلا بد من مراعات التقبض والاقباض فيما وقعت
المقابلة بها بينها نعم لو كان قابلية التقابض ثابتة من دليل خارجي امكن القول
امكن القول بمراعاتها في تمام كل واحد منهما لكنها لم يثبت بدليل خارجي بل من
حكم العقل بعد ملاحظة مقتضى العقد وقد يفصل ايضا بين ما كان العمل متعددا
عرفا او واحدا بالتقسيط في القبض والاقباض في الاول دون الثاني لان العقد
في الاول ينحل الى عقود متعددة بحسب انحلال التكليف المتعلق بالعام بخلاف
الاجماع الثاني لو كان الاجارة ايضا عملا فان امن احدهما صاحبه في
البدئة والا فقد صرح بعض مشايخنا بان رفع التشاح في البدئة يحصل
بالكفيل وان لم يوجد فبالقرعة قلت لا اشكال ان الكفالة بالمعنى المصطلح
لا معنى لها وظهر مفيدة للعقود ايضا وهو الالتزام بالعمل الذي تعلق به
الاجارة وان اريد به الضمان وهو التعهد بما على المضمون عليه من العمل
فهو على فرض صحته مبني على التراضي دون الاجبار الرافع للنزاع واما القرعة
فالظاهر ان المقام ليس من محلها ايضا لان موردها رفع الاشتباه او ترجيح احد الحقين
على الاخر في صورة التزاحم كالمتسابقين الى المباح والتقديم ليس هنا حقا لاحد
بل مقتضى المعاملة هنا اجبارهما على التقابض معا ان امكن ولو فرغ احدهما
من العمل فله الاخذ اذ يكفي في التقارن المقارنة في الشروع في التسليم كما في الثمن

والثمن اذا كان كل منهما مكيلا او موزونا فان لم يكن يحلان على حالهما الان برضى
احدهما بالنقد ثم الا ان يقال اذا امتنع التقابض وجب احد امرين اما وجوب ا
لمبادرة على احدهما وتعيين البادي بالقرعة لئلا يلزم تعطيلهما او بطلان الاجارة
اذ لا فائدة في صحتها اذا بني على التعطيل فانه كالعدم اذا لم يلزم من وجودها ما يليق بها
والثاني باطل بالضرورة والاجماع فتعين الاول ويحتمل ان يقال انه يأمر بان اخذا
الكفيل في مثل المقام طريق التقابض الذي اقتضاه العقد فيصح ما ذكره فتأمل من
القرعة والكفيل ويحتمل ان يقال انه يأمر بان اخذ الكفيل في مثل المقام طريق التقابض
الذي اقتضاه العقد فيصح ما ذكره فتأمل من القرعة او الكفيل ويحتمل وجه رابع
وهو العمل بالظن بالوفاء فيجوز على كل الاشتغال معا لان الظن في الامور المتصلة يعتبر
مطلقا في الموضوعات التي لا دخل لها في الحكم الشرعي كالفرد فاذا حصل الظن لا
لاحدهما باشتغال صاحبه بالعمل على نفعه بر اشتغاله وجب عليه الاشتغال
الثالث لو كان العمل مؤجلا دون الاجرة في تعجيلها كما في البيع لعدم حلول دينه
حتى يكون للمستأجر مطالبته بخلاف وفيها لعدم لنا فانه لا دليل على وجوب تعجيلها
قبل العمل والاجل انما افاد زيادة التأخير فيه فلا يعتبر الحكم الثابت قبل الاشتراط
وبذلك يفترق عن البيع وجهان ذكرهما بعض مشايخنا فيه واختار الثاني والاول
اقرب لان التعجيل في العوض في قوة الاسقاط لحق المطالبة الثابتة له بمقتضى العقد
فاذا اختص باحدهما بقي حق الاخر سليما من المعارض وحاصله حصول
النقصان في احد العوضين بالتأجيل لان المقابلة حاصلة بين الملك في الحال
والملك في المستقبل وقد اعترف بذلك لو كانت الاجرة معجلة قبل انقضاء العمل
والذي دعا الى الفرق هو النظر الى الدليل على عدم استحقاق العامل الاجرة الا بعد
العمل وبيانه ليس عليه دليل خارج عن مقتضى المقابلة وقد سبق الدليل عليه هو
قاعدة التقابض فانها تقتضي عدم استحقاق العامل الاجرة الا بعد العمل وفيه

انه ليس

انه ليس عليه دليل خارج الى هنا الا دليل التسليم وكما ان الموجر لا يستحق الاجرة
الا بعد العمل كذلك المستأجر لا يستحق العمل الا بعد تسليم الاجرة ويتفرع على هذا
التقابض معا كما مر نعم لو قلنا بوجوب تقديم العمل اولا كما هو ظاهر الرياض وقد
سبق انفا ما ذكره وجهه لان وجوب تقديم العمل مبني على تقديم حق
المستأجر على الاجرة في التقابض على خلاف ما يقتضيه المعاوضة ولذا اشكلنا
فيه سابقا فلو لم يكن اجماع والتأجيل يوجب زيادة في التأخير لا انه يحدث
حقا له في مطالبة الاجرة لكن نختار فيه كما مر عدم وجوب تقديم العمل اولا
فلا وجه ح لسقوط حق الاجرة في المطالبة وكل موضع يبطل فيه عقد الاجارة
يجب اجرة المثل مع استيفاء المنفعة او بعضها سواء زادت على المسمى او نقصت
عنه بلا خلاف يحكى منا ومن غيرنا كما هو الاصل في المعاوضات الفاسدة فان
فساد المعاوضة مع القبض يوجب ضمان المقبوض على القابض بالمثل والقيمة له
كضمان المغصوب بحكم اليد او الاتلاف ولا يرفع حكمها التسالم على المسمى او اذن
المالك في القبض لبطلان الاول بحكم الفرض وعدم فائدة الثاني بعد انكار
وفاء للمعاوضة لا استيمانا او تسليطا من المالك على اتلاف مال نفسه بلا
فلا يجب اجرة المثل بفوات المنفعة وان لم يستوفها المستأجر على اشكال
فيه في الجملة كما لو حبس الدابة المستأجرة او عبدا مستأجرا في مدة الاجارة
حتى انقضت فان المستأجر ضامن للمنفعة الفائتة تحت يده بالقيمة ثم لو
حبس الاجير الحر فلا ضمان لعمله لانه ليس بمال ما لم يوجد ولا يدخل
تحت اليد ما لم يستوفه بخلاف منفعة العبد فانها كمنفعة الدار تعد
مالا قابلا للضمان عند تحقق اسبابه التي منها التلف تحت اليد فاذا
وضع اليد على الدابة فكانه وضعها على المنفعة المقبوضة فيضمنها ولو لم
يستوفها مدة الاجارة بل وكذا منفعة مثل الدار فانها مضمونة في الاجارة

الفاسدة بالعنوان ايضا اذا فرض اليد عليها دون جلوس فيها والاخذ المنفعة والاد
المستوفات ومع ذلك فلا عن ر المص في اشتراط الاستيفاء ولقد اجاد
في القواعد حيث لم يشترط بل صرح بعدم الاشتراط وربما امكن رده بعد
المص بان غرضه ذكر بعض ما يجب فيه اجرة المثل او بيان حكم الاجير الحر خاصة
لشهادة السباق لان المسئلة السابقة واللاحقة من احكامه وهو كما ترى
ولكن ان تبقى الاشتراط على حاله مراعاة للكلية فالمراد ان هذه الكلية في الا
جارة الفاسدة تتوقف على الاستيفاء والافيه تفصيل بين اجارة الحر فلا
ضمان لاجرة الحر فلا المثل هنا مطلقا واجارة غيرها فيضمن بشرط دخول العين
المستاجرة تحت اليد في المدة كلا او بعضا بحسبه وحرره بعيد المستثنى بعض
الاجارة الفاسدة وهي الاجارة بلا اجرة نظير البيع بلا ثمن او بدون ذكرها
وفي ضمان اجرة المثل هنا اشكال وخلاف بين الشهيد بن فصرحا بالعدم ولا
نفيهما في حكم لاجرة بالمال في الصورة الاولى وعرفها بين مطلق وهو ظاهر الاكثر
ومفصل بين اجارة الحر فالعدم واجارة غيره فالضمان كما عن المحقق الثاني
محتجا الشهيد بن بان الاجارة بلا اجرة تجري مجرى الهبة والعارية اللتين لا ضمان
في فاسدهما اجماعا فضلا من صحيحها ولاصالة البرائة بعد انتفاء سبب
الضمان بد الكان او اتلافا بصورة عدم تسليط المالك واثم وجه الاطلاق
كما عن ظاهر الكل ادلة المثل ان الاجارة بلا اجرة عنوان مغاير للهبة قطعا ولو
كان تمليكا بلا عوض بل هو عقد فاسد لا يقتضي اثرا في نفسه ولا باعتبار
التسليم والتسليط المتفرع عليه فيجب اعمال حكم اليد والاتلاف ووجه التفصيل
هو ان عمل الحر انما يكون مضمونا اذا لم يكن متبرعا به وهنا متبرع لا يستحق اجرة
المثل بخلاف المنافع فانها بدخولها تحت اليد تكون مضمونة بعد فرض
فساد العقد وعدم افادة ما ترتب عليه من التسليم والتسليط الوفاء ولا
والتحقيق

والتحقيق التفصيل بين قصد الموجر فان علم ارادة الهبة والعارية حقيقة من
تمليكا او اباحة مجانية فلا ضمان لعدم الدليل بعد اختصاص قاعدة اليد
والاتلاف بما اذا لم يكن هناك من المالك تسليط مجاني كما مر في قاعدة ما لا
يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده والفرق ح بين اجارة الحر وغيره سقط بين اي لا فرق
في انتفاء الضمان مع التبرع والتسليط المجاني بين ان يكون المتبرع له عملا او
منفعة اخرى او عينا فاذا كانت هذه الاجارة والدفع المتاخر عنها كافيين
في عدم الضمان كان كذلك في الموضعين والا فلا نعم اذا عمل دون التماس
المستاجر لم يستحق اجرة ما ذكره لان الشرط الضمان المعتبر هو الامر فمع عدمه
فلا ضمان ووجه قويا ان يكون مراد المحقق الثاني عدم الضمان في هذه الصورة
خاصة فلا يرد ح ما اورد في المسالك انه لا يتم مع امر المستاجر لكن ينبغي على
هذا التعميم عدم الضمان مع مطلق الاجير ولو كان عبدا عبد الان ضمانه عليه
ايضا موقوف على التماس المستاجر الا مع دخوله تحت اليد فيضمن ح العمل
ولو لم يستوف ولعل المحقق الثاني لا يتحاشى من التعميم الى الصورة المفروضة
ح فلا يقال ان قبول الاجارة يفيد فائدة الامر فلا فرق بين الامر وعدمه
واما دعوى ان عنوان الاجارة غير الهبة والعارية وان قصد منها التمليك
المجاني فواضحة الاندفاع وان اريد بها حقيقة الاجارة بان يكون ذكر عدم
الاجرة او عدم ذكرها بمنزلة اشتراط استحقاقها المدلول عليه بقوله اجرتك
اقتضاه ح فيه الضمان لليد او الاتلاف السليمة عما يرفع ما اقتضاه من الضمان واما
ما عن الفاضل الاردبيلي من التفصيل بين علمهما او علم الموجر بالفساد فلا ضمان
لان التسليم ح يتمحض في التبرع والمجانية كما في الحصة والعارية وبين جهلهما او
بعنوان ح جهل الموجر فالضمان لكون التسليم ح تسليما وفائيا مقيدا بكون المقبوض ملكا بالاستحقاق
للقابض فلا يرفع ضمان اليد والاتلاف لعدم اختصاصه في كل مقبوض بالعقد

سقاطة

الفساد وظ الاصحاب بل صريحهم ان الحكم بالفساد لا يؤثر الا في مسئلة واحدة
وهو بيع المغصوب مع علم المشتري لا يضمن البايع الثمن لانه سلطه على ان لا يكون
عليه ضمان واما في غيرها حتى فيما يكون فساد العقد ناشيا عن عدم تمول ا
المبيع كبيع الخمر والخنزير ورد الاعيان النجسة وامثالها فبنايهم على الضمان الا
لبعض شيوخ مشايخنا وفي محكي القواعد الحكم بالفساد الناشي عن عدم تمول ا
العوض بعدم الضمان مع العلم وهذا وان لم يكن ببعيد الكلية الا ان طريقة
الاصحاب على خلافه والظ الاصوب لان التسليم او التسليط اذا كان مبنيا على
على الوفاء بالمعاملة الواقعة وتنفيذها عليها كان مسلوب الحكم والاثر بالمرة فيبقى
حكم اليد حجة سليما عن المعارض فهذه رض فلا كرامة للتفصيل المذكور ثم الظ ان
الشهيد اراد القسم الاول فهذه الاجارة عنده وعند ثاني الشهيدين بمنزلة
العارية كما صرح به في المسالك ودعوى بعض نظرا الى انه لا دخل له في المقام
ولا يكون اجرة المثل استثنائه من الكلية المذكورة الا منقطعا مدفوعة بان الكلية
المذكورة ظاهرة الشمول للاجارة بلا اجرة لمكان اشتمالها على المسمى كما عرفت و
وعبارة القواعد عد ابهم قريبة منها في القصور فراجعها فلا داعي الى حمل كلامه على
الصورة الثانية مراعاة لمناسبة المقام كما يتوهم بل الكلام في امرين احدهما ان ظ
اللفظ ماذا وثانيهما ان الحكم من حيث الضمان وعدمه مع الشك في مراد الموجب
ماذا اما الاول فمن المسالك حمل على الاول فحكمها الصراحة قوله بلا اجرة في المجانية
الذاهب بالعلوية على ظهور قوله اجرتك في قصد العوض في الجملة وقد يظهر ا
الثاني لاحتمال قوله بلا اجرة معنيين احدهما الكشف عن ارادة المجان من ا
اجرتك باستعمالها في التمليك المجاني اما تجوزا والالتزام جهلا او تجاهلا او
للمجاز وثانيهما ما قصده من اجرتك اجارة اعتبارا لعوض من غير تعيين كما
من قد يكون دليلا على البيع والاجارة فلا ترجيح للاحتمال الاول على الثاني فيتعارضان

ويلي ظهور

ويلي ظهور اجرتك في معناه الحقيقي الماخوذ فيه قصد العوض سليما عن القرينة
الصارفة وتضعف بان ارجاعه الى اسقاط ما قصد تمليكه خيال لا يلتفت
اليه اذ هان اهل العرف في الاجارة الجارية بين الناس فاقرب المسالك من دعوى
الصراحة في العارية والهبة مما لا ريب فيه وعليه فلا ضمان كما ذكره الشهيد ره
ولا الظن لمخالفته للاكثر ايضا لان منشأ المخالفة دخول الفرض في الكلية المشار
اليها وقد عرفت منعها من حيث اشتمالها على ذكر المسمى ومثله مثاله البيع بلا ثمن فاحق
من المسالك من القول ليس في محله لان التصريح بعدم الثمن كيف يجامع تمليك
من غير تعيين فلا جرم يكون هبة صحيحة او فاسدة كما ان قوله اجرتك بلا اجرة
يكون عارية كذلك فلا يترتب عليها ضمان ولو رجع الى العارية الفاسدة لان
ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده مع ان الظ عدم الاشكال والخلاف في
صحة العارية اذا قصدها كما صرح به في المسالك وتصريح المسالك لكن
لا يخفى ان ما ذكرنا من الظهور في المجان لكان في الصورة الثانية اذ لا دليل
في عدم ذكر الاجرة على المجان او التبرع بنوع خذ بظاهر ما اقتضاه ظ لفظ الا
واما الثاني ففيه صور لان الاشتباه في الضمان قد يكون من جهة الشك في كون
اليد عاصية او ماذونة وهذا لا اشكال ولا خلاف فيه لان اصالة عدم
الاذن محكمة هنا فيحكم بالضمان كاصالة عدم التذكية وقد يكون من الشك في
كونه ضامنة او غير ضامنة بعد الفراغ عن كونها ماذونة وفيه اشكال لان اصالة
عدم الاذن لا تجري واصالة عدم الوديعة والعارية والتبرع او نحو ذلك
مما يترتب عليه عدم الضمان لا يثبت بها سبب الضمان اعني اليد العادية
فيرجع الى اصالة البراءة ولذلك اختلفا في بعض فروع المسئلة مثل ان اختلفا
فقال المالك اجرتك وقال الاخر بل اعرتنيها وقال زارعتك وقال بل اعرتني
في الضمان وعدمه وان كان الاكثر على الضمان وعليه روايات صحيحة في بعض فروع

المسئلة اسحق بن عمار سئلت ابا الحسن ع عن رجل استودع رجلا الف درهم
فضاعت قال الرجل كانت عندي وديعة وقال الاخر انما كانت لي عليك قرضا
فقال المال لازم له الا ان يقيم البينة انها كانت وديعة ولا باس بالعمل بها
لاعتبارها سندا او موافقتها فتويها العمل كثيرا واكثر ويمكن تطبيقها على القاعدة
ايضا لا لعموم على اليد او العموم من اتلف بل لاصالة عدم حصول طيب النفس
بسبب خروج مال المسلم عن الاحترام الثابت لامواله بالنص والاجماع بعد تعارض
اصالة عدم الاجماع مثلا لكن هذا انما ينتج ضمان الاتلاف عينا او منفعة واما
في ضمان ما يترتب عليها بمجرد التلف وعدم الاذن ولو لم تكن غاصبة فلا لعدم
طيب النفس به وعدم منافاته لبراءة ذمة ذي اليد لاحترام مال المسلم اللهم الا
ان يتمسك ايضا باصالة عدم ما يرتفع معه ضمان اليد ودعوى انها لا تجدي
في ثبوت كون الاذن الموجود غير مجاني الا على القول بالاصل المثبت وهو المتردد
عدم الرافع مدفوعة بان هذا نظير كلام الذي المتفرع عليه وجوب حجة الاسلام
مع الاستطاعة ونظير غيره من الاصول التي يعتمد عليها في اثبات الاسباب وا
لمقتضيات في المعاملات وباب الاحكام سواء كانت من الاصول المثبتة في نظر
المتخيلين ام لا فالحكم بالضمان هنا على حد سائر احكامهم اعتمادا على الاصول ولا
يبعد استثناء امثال ذلك من القول بعدم الاصل المثبت وتمام الكلام في غير
المقام وكيف كان فما كان من فساد الاجارة بغصبية العين المستاجرة تخير المالك
بمقتضى قاعدة تعاقب الايدي في الرجوع الى من شاء من المؤجر والمستاجر فان
رجع الى المؤجر لم يرجع الى المستاجر مع جهله لقاعدة الغرور وان علم يرجع
لما تقرر في تعاقب الايدي من رجوع كل سابق بعد ان اغرمه المالك الى اللاحقة
لصيرورته غريما له للمالك وانما لم يرجع مع العلم لكونه غارا للمستاجر والغار لا
يرجع الى المغرور وان انعكس فلا رجوع مع جهله بل جهل المؤجر وعلمه وان
رجع

عدم الفارق بين صالة الذمة

رجع الى المستاجر فان كان عالما او جاهلا لان الضمان يستقر عنده من تلف
عنده الا ان يكون له غار فيه فيرجع اليه وان كان جاهلا رجع الى المؤجر المغرور
سواء كان عالما او جاهلا لان جهله ما هنا في كونه غارا للمستاجر وان كان مع
علمه او ضعفه وعن قواعد الشهيد عدم ضمان المغرور والمكره لضعفهما اذا اجتمعا
اجتمعا مع السبب فان اراد نفي الاستقرار قلنا نعم وان اراد عدم تسلط
المالك عن الرجوع اليه ابتداء كما هو ظاهر الجمع بينه وبين المكره فهو نادر شاذ مع
مدفوع باطلاق ادلة الاتلاف وتمام البحث في محله هذا كله في ضمان المنفعة
واما العين المستاجرة ففي ضمانها خلاف مضى في شرط الضمان في الاجارة والعرف
المثبت الضمان بل قيل ان القول بعدم الضمان غير معلوم القائل وان نسب في
الرياض وفاقا للمحكي عن بعض وبه هذا الفاضل الا رد بلى الى المفهوم من كلام وقد عرفت
ما هو في المسئلة وهو الضمان لان عليه اما كون المسالة اجماعيا او القاعدة
كل ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده او لكون وضع اليد على المال عن حق
للواضع والاول ممنوع لحصول الاجارة الصحيحة عند فالحمل فاضلا من الا
جارة الفاسدة والثاني غير ثابت اذا لم ينطبق القاعدة كما مر والثالث ايضا
مفقود بحكم الغرض ضرورة فساد العقد فلا حق للمستاجر وايضا وان زعم مع
جهله ويكره ان يستعمل الاجير قبل ان يقاطعه على الاجرة بلا خلاف يحكى الا في
الجواز ولا في الكراهة لرواية مسعدة بن صدقة عن ابي عبد الله ع من كان
يؤمن بالله واليوم الاخر لا يستعمل اجيرا الا ان يعلمه بالاجرة وصحيحة سليمان
ابن جعفر الجعفري ان مولانا الرضا ع ضرب غلمانه وغضب غضبا شديدا بعد ما
استعانوا برجل في عمل وما عينوا له اجرته فقال له سليمان جعلت فداك لم
تدخل على نفسك فقال ع اني نهيتهم عن مثل هذا غير مرة واعلم انه ما من احد يعمل لك
شيئا من غير مقاطعة ثم زدته على ذلك الشيء ثلثة اضعاف على اجرته الا ظن انك قد

نقصت اجرته فاذا قاطعه ثم اعطيت اجرته جعل له على الوفاء فان زيدته جبر
عرف ذلك ورأى انك قد زدته وظاهر الاول التحريم وظاهر الثاني الكراهة ويجمع
بينهما بالكراهة بل ربما قيل باستحباب ترك ذلك كما عن النافع واللمعة وان لم
يبلغ الحكم من النهاية والسرائر وفيه مسامحة او لو اراد الاستحباب الارشادي
فلا ينافي توجيهه من ابتنائه على استحباب ترك المكروه نفي وجهه لان ترك المكروه
لا يعقل ان يكون مستحبا شرعيا وهو الفعل الامر الذي المشتمل على المصلحة الراجحة
الغير الملزمة كما ان ترك الحرام ليس من الواجب الشرعي نعم لا باس باستحبابه لغة
بمعنى رجحانه على الفعل واما الكراهة فهو وان كانت معقولة هنا لكن قد الصحيحة
كون رجحان الترك ارشاديا فيشكل الحكم بها اتم بل قد ينافيه ايضا الجواز
الذي لا خلاف فيه لان استعمال الاجير من دون تعيين الاجرة اجارة فاسدة
معاطاتية فلا تجوز كما هو الشان في جميع العقود الفاسدة لان التصرف بسببها
حرام وكذا انه ينبغي سائر اثار العقد الصحيح عليها فلا بد من الحكم بالتحريم وحمل
النهي على محض الارشاد وقال بعض مشايخنا بعد ان نفى الخلاف في الجواز
انه معاملة مستقلة ولذا لم يعبر احد عنها بانها اجارة فاسدة معاطاتية ونحوها
وهو كما ترى لان الغرض المنهي يعم جميع المعاملات فان صلحت السيرة للخروج عنه
عنه لم يصح الاخراج المستلزم من الاجارة وجعلها معاملة مستقلة لا الترفع كونها
معاملة مستقلة المهم الا ان نخاف في خصوص الاجارة عن الاجماع على اشتراط
العلم بالاجرة لا من مواقع الغرر هذا ويمكن ان نقول بعد المسامحة بحكم هذه السيرة
في العقود الفاسدة وعدم كفاية ما تضمنته من الطيب والتراضي في اباحة التصرف
مع ما عرفت في المعاطاة من المنع اذا كان الرضا بالمباح مسببا عن معتقد الصحة
العقد وان كان مضمونا بالمثل والقيمة دون المسمى انه فرق بين هذا العقد

الفاسد

الفاسد وغيره في الجواز والحرمة فرق بين صدور الفعل هنا بل اي الاجرة ولو لم
يكن معلومة فلا مانع من جواز استعماله بخلاف اجارة الاعيان او سائر المعاوضات
فان مع فساد العقد لا يحل التصرف في المقبوض فيها والمراد بالاجر من له
الاجرة في عمله فما للتبرع كما هو صريح الصحيحة وهذا الجنس من الجائز بالاولى
لا يخفى ثم لو فرضنا ما في الشرائع والرواية الاولى بالمعنى الاصطلاحي اي من اجر
نفسه مع ظهورهما من الجائز بالمشارطة وكيف كان فمورد النص غيره مضافا الى انه
قبل المقاطعة فلو استاجره باجرة مجهولة ثم استعمله فالحكم شبه الحرمة دون
الجواز لانه من العقود الفاسدة التي لا يجوز ترتب الاثار بسببها اجماعا
وربما قيل بدخوله تحت الاخبار وفيه ما عرفت من اختصاص الصحيحة بالاول
واما رواية مسعدة فهي وان كانت شاملة له في بادي النظر الا ان تعلق جواز
الاستعمال فيها على الحكم بالاجر قرينة واضحة على ارادة الاول ايضا اذ لا فائدة
في تعيين الاجرة مع فساد العقد العقد بجهل الاجرة بعده فالظاهر مما ذكرنا
كما ان كلا من استحباب الترك وكراهة الفعل خال عن الدليل الا ان يلتزم بهما تسامحا
تسامحا فلكون الاستعمال قبل المقاطعة نكتة هنا شرعا مضافا الى كونه معرضا
للخصومة والتشاجر وما يجري مجراها من الفاسد الصحيحة عند الشارع
ان ناخذ بظاهر رواية المسعدة الناطق بالغضب الالهي الواضحة الوجود
في المكروهات الشرعية بعد الاجماع على عدم التحريم وان كانت الصحيحة في
النهي الارشادي اذ لا منافات بينه وبين الكراهة تعبدا كما في اكثر المكروهات
المتعلقة بالمضار البدنية ونحوها من المفاسد الدنيوية فانها تجري
مجرى الحكمة دون العلة وبهما الثمرة في صورة الامن عما علل به في الصحيحة فيكون
كاستحباب غسل الجمعة مطردا حتى الثاني ولا يكره على الاول الارشادي والله العالم
وكذا يكره ان يضمن الاجير الا مع اتهمه بلا خلاف في ذلك وفي عكسه في الرهضة بانه يجوز

موضع ما ذكره بعد بناء على الضمان الصانع ما تلف بيده او بقيام البينة على تفريطه
او مع نكوله من اليمين حيث تتوجه عليه ان قضينا بالنكول وان خبرنا بالتغيير
الا وكلا جامع الاستثنا ذكره لم يذكره في حكي جامع المقاصد تضمينه باليمين ا
للمردود على القول بعدم القضاء بالنكول وزاد في حكي المسالك على الاربعة ثلثة
اخرى تضمينه باشتراط الضمان في العقد وتضمينه بالشاهد واليمين بالاتلاف
عند عدم البينة ثم اشكل في الشاهد واليمين المردود بان الحلف لا يمكنه الا بسبب
دعمه لا يكون لمكان التهمة قلت ولا اشكال يأتي في السابع ايضا انه في نفسه غير منتظم
لان التضمين لا يترتب على الاتلاف الا ان يريد بالتضمين دعوى سبب الضمان وكيف
كان فالاخبار التي تستند اليها الاول لا تدل فيها على شيء من التفسيرات لان منها ما يدل
على عدم الصحة التضمين في التلف اذا كان امينا او مامونا وواضح ان عدم التضمين
فيها كناية عن عدم الضمان ولا مساس بها له بالمسئلة ومنها ما يدل على عدم التضمين
مع انتفاء التهمة كالاول فيكون ايضا اجنبيا عن المقام ولا يجوز ان يكون المراد به
عدم دعوى الضمان اما على القول المشهور من الضمان الصانع وعدم ضمانه للتلف
فلعدم فائدة لها مع تحقق التلف فيكون مع التهمة واما على القول بضمانه وعدم
امانته فلاشتراط الجزم في الدعوى وعدم جوازها مع التهمة فكيف يكون مكروها
واما عدم التضمين بحجة تزيح ثبوت الاتلاف كما في اخرى فلوجوب طرحها وقادح بطلان
الاتلاف الصانع مضمون فكيف لا يضمن مع انتفاء التهمة ثم ما معنى التهمة مع فرض
ثبوت الاتلاف الا ان يلاحظ التهمة في البالات فلا بأس بالتضمين والاتلاف
بضمن على نحو التنزيه وهذا اوجه وجه لتفسيرها وجه من التفسيرات لكن
مع عدم اشتمالها عليه فالاحسن تغيير العبارة بذلك بالتفاسير الى كونه
الذي لا دليل عليها ولا جامع لا ستثنا وما المراد انه اذا وجد سبب الضمان
اما باتلاف الصانع او بتفريطه ففيه مع التلف فانكان ضد وان لم يثبت الذي كان

من علله

وزاد في الاربعة

للموجر

بالاهد وتفريطه فلا باس بالتضمين والا كان مكروها فليس المراد بالتهمة انهامه
في دعوى التلف بل المراد بها انهامه بعد العلم بالتسبب لمبادئ الآلات والتقصير يمكن
ارجاع التفسير الاول والثاني الى ذلك بتكلف الثالث من شروط صحة الاجارة
ان يكون المنفعة مملوكة اما تبعا لملك العين او منفردة واحترز بالقيد عن اجارة
المباحات واجارة الاعيان المغصوبة والمراد بالملك هو الولاية على التصرف
فيشمل اجارة الاولياء ويندرج في المنفردة اجارة الموصى بمنفعتها واجارة
الاوقاف العامة بناء على كونها املاكا لله فان منافعها ملك للمسلمين يتولاها
وليهم بالاجارة ونحوها وكان المتن فيه اي كفاية هذا الشرط عن شرط كونها متقومة
نحو منزلته وهو في محله ان ذكرها مستقلا كما في القواعد وحكي التذكرة متفرعا
عليها بطلان اجارة التفاحة للشم اذا لم يكن لها اجرة عادة وربما يورد على العبارة
ان المملوكية ليست من الشروط بل الشرط هو كون الموجر مالكا بالمعنى المذكور
ان يرجع الى كونها متقومة وهو مع بعده في نفسه ينافيه تفريع بطلان التفريع
عليه فيها بعد والاولى ان يقدر المحصل بعد المملوكية بقرينة المقام وجعله
على اعتبار التقوم ايضا لان الملك ملزوم للتقوم مع ان اهمال الاقتصار وما المراد
ان من شروط الاجارة كون المنفعة متقومة مملوكة وكيف كان فللمستاجر ان يوجر
العين المستاجرة من غيره الا ان يشترط عليها استيفاء المنفعة بنفسه بلا خلاف
فيما نعلم خلافا لما حكي عن بعض الشافعية في الاول لان الموجر يملك المنفعة بالتبعية
فلا يتصور تملكه لها بسبب اخر ثم العين المستاجرة ان كانت دابة فراعي في الاجارة
الثانية المماثلة بين الاجارتين في المنفعة فلا يوجر الا بمثل ما استوجر له من
الحمل او الركوب او اخف لخروجه من ملكه الا فهو المتعين لكونه مقبولا وهو
لتسليم العين المستاجرة الثاني فلا يضمنها لو هلكت من غير تفريط بلا خلاف واقوال
اشهرها الجواز وعن النهاية والسرائر والقواعد وجامع المقاصد المنع واختاره

الى المستاجر

في تسليم

بعض مشايخنا قدس سره وقيل ان ما نسب الى العين الاولى لا اصل له لان كلا منهما الآخر
العين التي يعمل فيها الى الاجير الثاني لا في تسليم المستاجر العين المستاجرة وهو خارج
عن محل البحث بان حكمه انه نقم العبارة المحكية عنهما ظاهرة فيما قيل وهي ان
الصانع اذا تقبل عملا بشيء معلوم جاز له ان يقبله بغيره باكثر من ذلك اذا كان قد
احدث فيه حدثا وان لم يكن احدث فيه حدثا لم يجز له ذلك وان قبل غيره باذن
صاحب العمل ثم هلك لم يكن عليه شيء فان قبله من غير اذنه ثم هلك كان ضامنا لا اذا رد
ضامنا له انتهى وباقي مثله للحكم في اخر الكتاب فالمخالف هو العلامة في القواعد
على خلاف مختاره في المختلف وجامع المقاصد وبعض من وافقهما من المتاخرين
وعن ابن جنيد التفصيل بين امانة المستاجر الثاني فلا ضمان وعدمها فالضمان
والاصح هو الاول لعجز القول الثاني واضعف وهو ان تسليم العين الى المستاجر الثاني
بغير اذن فيه فيكون ضامنا واما القول الاول فاستدل عليه بوجوه الاول ان
تسليم العين الى المستاجر من ضروريات عقد الاجارة ومقتضاه ضرورة توقف
استيفاء المنفعة عليه فاذا جاز للمستاجر ان يوجر جاز له تسليم العين الثاني
ان الاجارة الثانية ماذون فيها من المالك والاذن في الشيء اذن في لوازمه
لازمه واجب عند المنع لان استيفاء المنفعة لا يتوقف على استقلال المستوفي في
اليد لامكان التوكيل في الاستيفاء وامكان المباشرة مع كون العين بيد المالك
او المستاجر الاول فان ركوب الدابة مثلا لا ينافي كونها بيد مالكها او موجرها
وكذا السكنى في الدار لجامع ايضا كونها بيدهما فلا ملازمة بين جواز اجارة العين
ثانيا وبين جواز تسليمها الى المستاجر الثاني لان العام لا يدل على الخاص ويندفع
اولا بالنقض بالاجارة الاولى لان تحصل الاجوبة علم استحقاق المستاجر الاول
التسليم ايضا لم يقل به احد وثانيا بان الحق المقدمة وتقييدها بعد الملازمة
ونقيضه والتصرف في العين اذا كان مقدمة للاستيفاء كان حاله كحاله فاذا ملك

المنفعة

المنفعة من دون شرط المباشرة لزم سقوط المباشرة في الاتلاف ايضا فاذا جاز
له الاستيفاء من دون مباشرة واذا جاز ذلك جاز له تسليم العين الثالث
والثالث انه لولا جواز تسليم العين اليه لم يصح الاجارة لان القدرة على التسليم
من شرائط الصحة واجيب تارة بان تسليم المنفعة لا يتوقف على تسليم العين
كما مر وبان التسليم متعذر بلا استيذان من المالك وفي الاول ما عرفت والثاني
اعتراف بعدم جواز التسليم بلا اذن فيرد ترتب الضمان عليه الرابع
صحيحة علي بن جعفر عن اخيه سالته عن رجل استاجر دابة فاعطاها غيره فنفقت
فما عليه قال ان كان اشترط ان لا يركبها غيره فهو ضامن لها وان لم يسم فليس
عليه شيء الخبر واجيب عنه كما في المسالك في اخر الكتاب وغيره بان الضمان فيه
انما هو من جهة ركوب الغير لا من جهة تسليم العين لامكان ركوبه وهو بيد الاول
وقال بعض وكذا الجواب عما يستفاد من اخبار اجارة الارض بمثل ما استاجر او
اقل واخبار تقبل العمل فلعله للغير من جواز التسليم المتفرع عليه عدم الضمان
لانها مسوقة لبيان جواز الاجارة بالاقل او المثل فلا ينافي المنع من تسليم العين
مراعاة للقاعدة الاحترام وفيه ان الركوب وان لم يستلزم استقلال الراكب باليد
لجواز كون الدابة بيد غيره الا انه لازم غالبي فيستفاد عدم الضمان من باب
لوازم الخطاب واما ما في جامع المقاصد من الجواب عنها بحملها على صورة اذن
المالك فيتعجب عن مثله الصواب الا اذا نكبه مراعاة لما يد به من طرح الروايات
المخالفة للاصول والقواعد وعدم ارتكاب التخصيص مهما امكن لما زعم في المقام
مساعدة القاعدة للضمان فارتكب لاجله التاويل فيها على خلاف مضمون النص
الصحيح الصريح الخامس ان مفاد الاجارة تمليك المنفعة للمستاجر فهو كمالك
المنفعة كسائر الاملاك وملكيته لها يورث له حقا في العين ايضا حتى انه
ينتقل الى الوارث من غير استيذان جديد من المالك بل لا اشكال على ما

امرؤ به في محكي جامع المقاصد من جواز تسليم العين متعلقا لحق المستاجر بالعرض
فاذا جاز له نقل ماله بالذات المعتبرة تبعه ما كان له بالعرض فينتقل ذلك الحق
المتعلق بالعين الى من انتقل اليه المنفعة وفيه منع اقتضاء ملك المنفعة
تعلق حقه بالعين مطلقا اذ لا ربط بينهما من حيث توقف استيفاء المنفعة
المتعرفة في العين وبعد ما عرفت من عدم التوقف كان دعوى تعلق الحق بالعين
كسائر الدعاوي السابقة في المنع والتحقيق ان يقال ان استيفاء
المنفعة اما ان يتوقف على ان العين في يد المستاجر او لا فان كان الاول ثبت
المناقشات المذكورة على الادلة والصحيحة حتى يحمل على غير هذه الصورة فلا
في اجارة الاعيان غير الدواب وان كان الثاني لم يتم ولعل النزاع بهذا التفصيل
يمكن ارتفاعه بينهم لان الدليل خصص المدعى كما لا يخفى فينزل مقالة المانعين
بملاحظة ادلتهم واجوبتهم على الثاني الا ان هذا الاجمال من بعد اذ لا وجه
لاطلاق المنع مع ارادة بعض الصور خصوصا اذا كان غيرها اغلب واشيع و
والمتعين حمل على اختصاص الدليل وخروجه عن طريق التفصيل ومما ذكرنا ظهر الحال
في دليل المانعين جهة وسقما وهو ان تسليم العين الى المستاجر الثاني يتصرف في
مال الغير بلا اذن واما حجة الاسكافي فيمكن ان يكون صحيحة صفار قال كتبت الى
الفقيه عليه السلام في رجل دفع ثوبا الى القصار ليقصره فدفعه القصار الى غيره ليقصره
فضاع الثوب هل يجب على القصار ان يرده اذا دفعه الى الغير وان كان القصار
مأمونا فوقع عليه السلام هو ضامن له الا ان يكون ثقة مأمونا المجرد فيه مضافا الى ورودها
في الاجير دون المستاجر وتعرف الكلام فيه ان ظاهرها التفصيل بين وثاقة
الاول وعدمها دون الثاني لان المراد بالقصار في قول الراوي وان كان القصار
مأمونا هو القصار الاول لان الاسم اذا كرر في الكلام فان كان الثاني مشتملا
على لام التعريف كان المراد به الاول وان كان المراد به غيره كما صرح به النحويون فلو

قال اشتريت

قال اشتريت حمارا بدرهم فانتقل بعد بيعه بالدرهم كان الثمن الثاني
عين الاول وان قال بدرهم كان غيره نعم يبقى من الاصحاب حيث استدلوا
بها في المسئلة السابقة اعني كراهة تضمين الاجير مع الوثاقة وبضعف بان
صريح الرواية ضمان القصار المأمون وعدم ضمانه واين هذا من التضمين
ومن الواضح ان هذا التفصيل في الاجير مخالف للاجماع فلا بد من حمل القصار
على الثاني وما ذكره النحاة مردود عليهم اذ لم يساعده المقام كما في المثال
المذكور فان المقام هناك يساعده واما هنا فلا نعم يتشابه في الاجمال
المانع من الاستدلال بها لكن بعد ما عرفت من مخالفة ظاهره الاجماع يتعين
حمله على الثاني وهذا اولى من حمل عدم الضمان كناية عن عدم التضمين بل
يمكن القطع بفساده لان كراهة التضمين على ما عرفت سابقا يتوقف على وجود
سبب الضمان وصريح الرواية عدم الضمان مع الوثاقة فكيف يحمل على عدم التضمين
الموقوف على الضمان فالمعروف عند الاصحاب عدم الضمان وضمان الاجير
مع عدم التلف في يده لكونه امينا فكيف يحمل على الاول ولا بد هنا من حمله
على الثاني لان الاجير الثاني ضامن عند من عرفت واما التفصيل بين الوثاقة
وعدمها فيمكن ان يكون بشهادة حال مالك العين اذ الظاهر كون التسليم الى
الثقة ماذونا فيه بخلاف غيره بقي الكلام في تسليم الاجير الاول مال الاجارة
الى الثاني بدون اذن المالك فقد صرح المصنف في اخر الكتاب بضمانه وقد
عرفت تصريح الشيخ والحلي في محكي النهاية والسرائر والاسكافي لا نختاره
من التفصيل بين وثاقة الثاني وعدمه انما هو في تسليم الاجير العين دون
المستاجر بل لم اجد مصرحا بعدم الضمان هنا بل يظهر من اطلاق العين في
عبارات الاصحاب في المسئلة السابقة فيشمل هذه المسئلة ايضا لكنه ضعيف
لما بينها من الفرق على المستاجر فلا وجه لشموله تسليم الاجير ثم الحق ان المسا

ان عدم الضمان هنا اولى منه في تسليم العين المستاجرة لان العين المستاجرة
انما تقبض لمصلحة المالك خاصة فعدم الضمان فيه اولى وارد بان كون
القبض لمصلحة المالك انما يقتضي عدم ضمان القابض لاعدم ضمان غيره مع عدم
الاذن بل الاولوية معكوسة لما عرفت من استتباع ملك المنفعة حقا لمالكها في
العين كائنا من كان فاذا صح للمستاجر الاول تمليكها لغيره حدث له ايضا حق في العين
رافعا للضمان مثل الاول وهذا الاباني في الاجير لانه ملك المنفعة من المستاجر
لا انه ملك المنفعة فليس له حق في العين واولئن البسوله الزام المستاجر على
تسليم العين بل له الخيار ان شاء سلمها اليه وان شاء لم يسلم ودفع اليه الاجرة
دام لو اغمضنا عن ذلك لكان للمنع مما ذكره في المستاجر مجال لان قبضه العين
انما هو لمصلحة المالك ايضا لا لمصلحة نفسه فيكون مثل تسليمها الى الاجير من حيث
تفاوت ضرورة كون القبض منه مقدمة لاستيفاء المالك اولولاه لحصل التعطيل
العين بخلاف المستاجر فانه لو لم يقبض لم يرد عليه الخسارة في شيء بل عدم قبضه
سبب لبقاء الاجرة في كيسه وعدم خسارته فقد يكون انفع بحاله واعرف في ما
فليس هناك عدم الضمان لان قبضه قبض عن حق لازم ثابت له من ملك المنفعة
وسبق توضيح ذلك في تحقيق كون المستاجر امينا في مسئلة شرط الضمان وعدم
الضمان في المسئلة بصحيحة الصفار المتقدمة بالتقريب المتقدم الرافع للاشكال
بين الوثاقة وعدمه ثم التأمل في ادلة المسئلة السابقة واجوبتها يهدي الى ما هو
الجواب عما ربما يتوهم في المقام من الاستدلال على عدم الضمان بتلك الادلة
لان بعضها مختص بالمسئلة السابقة لا مساس له بالمقام وبعضها وان عم
المسئلة مثل ان الاذن في الشيء اذن في لوازمه فاذا كان تقبيل العمل للغير
ماذونا فيه كان تسليم العين ايضا كذلك الا ان الجواب عنه بما ذكرنا وهو منع
الملازمة لان تقبيل العمل للغير لا يستلزم تصرفه في العين كما مر فليس الاذن فيه

القبيل

القبيل اذنا في التسليم ودلّ على ذلك حال سائر الادلة ثم الظاهر على القول بعدم
جواز التسليم وقوع الاجارة الثانية موقوفة على اذن المالك في التسليم فان
اذن صحت او بطلت لانكشاف تعذر التسليم حال العقد وعلى هذا ابن الامين
جامع المقاصد من انه يكفي في صحة الاجارة الثانية توقع الاذن من المالك وربما
يتوهم او توهم ان المراد صحة الاجارة الثانية منجزة بتوقع الاذن ولا زمان مع
عدم الاذن تخيّر العامل الثاني في الفسخ وهو كما ترى لان القدرة على التسليم
حال العقد من شرائط الصحة واقعا فمتى انكشف عدم القدرة واقعا انكشف
الفساد اللهم الا ان يكون الشرط هي القدرة الاعتقادية دون الواقعية نظر
عدالة الامام لخروج المعاملة بها عن الغرر والخطر لكن مقتضى ذلك الانضمام
على صورة الجزم او الظن بحصول الاذن من المالك لا الاكتفاء بمجرد توقع الاذن
وقال في محكي المسالك ان ابى المالك وان امتنع من الاذن رفعه الى الحاكم فان
تعذر احتمل استقلال العامل الاول في التسليم مقدما لحق العامل الثاني
على حق المالك واحتمل تسلطه على الفسخ قلت اما الارجاع الى الحاكم ففيه
انه ان وجب الاذن على المالك سقط رضاه في التسليم كتسليم العين المستاجرة
فلا وجه للارجاع الى الحاكم وان لم يجب فكيف يجبره الحاكم فاحتمال الاسقاط
للعامل في التسليم عند التعذر لا يبتني على القول بعدم جواز التسليم الا بعد الاذن
المالك واما احتمال التسلط على الفسخ فقد ظهر ما فيه من ابتنائه على صحة
مع تعذر التسليم واقعا اذا ظن او احتمل القدرة عليه هذا كله اذا لم
يشترط المؤجر على المستاجر استيفاء المنفعة بنفسه ولو شرط ذلك وخالف
الشرط وسلم العين الى غيره ضمنها اجماعا وهل تبطل الاجارة الثانية ام ليس
في الحقائق عبارة دلالة عليه كما لا يخفى لكن في عدم لم يكن له ان يوجر وظاهره
على التامل فساد الاجارة وارسله بعض ارباب المسالك ونقل عن الغنية

في الفسخ الاجماع عليه واستدل عليه بعض مشايخنا قده بان مقتضى الشرط فساد الاجارة
الثانية للتنافي بين العمل بالشرط المذكور وصحة الاجارة الثانية واشكل ذلك
بان هذا الشرط المبادي والكان سببا لعائدة افادة التحريم نعم لو اوجب كون للمالك
خيار تخلف الشرط وليس شرط عدم الاجارة الالمذر عدم ههنا الذي نقل عن بعض
عدم اقتضائه فساد العقد الواقع خلافا له والاستاد قده في شرط عدم الفسخ
في خيار المجلس حيث قال بعدم التاثير مستدلا بعموم المؤمنون فان مقتضاه وجوب
الوفاء حتى بعد قوله فسخت بجعل نظير الاستدلال بعموم اوفوا اذا شك في
تاثير الفسخ بسبب وفيه انه اذا قال فسخت فقد خالف الشرط المطلق بعدم فعل
الفسخ كما هو المفروض وبعد المخالفة لا معنى للوفاء ولو سلم شك في حصول
المخالفة كيف ايتم في سقوط المؤمنون بخلاف اوفوا بالعقود فانه باق بعد
الفسخ فالمقامان متغايران نعم قد يقتضي الشرط وكذا النذر فساد العقد
اذا تعلقا بالعين كما لو شرط وقف المبيع على البائع او عتقه فانه يقتضي وقف
بيع المشتري على اجازة البائع كما هو احد الاقوال في المسألة ومختار العلامة
والشهيدين وغيرهما لتعلق حق البائع بالمبيع كالرهن فيمنع من النفوذ واما
في غيره فلا وجه لبطلان السبب ففي مثل هذا الشرط اعني شرط عدم الفسخ
لا وجه لا وجه لعدم تاثيره الا ان يقال فيما نحن فيه ان المنفعة كالعين فاذا
شرط عدم الاجارة من الغير فقد اثبت له حقا في المنفعة التي نقلها الى المستأجر
مانعا من نفوذ الاجارة الثانية هذا او يستدل او يستأنس لاقتضاء الشرط
حكما وضعيا اعني البطلان بما ورد في مكاتبة محمد بن رجل اعتق امته وله ولد منها البطلان شرعه ... الدفع فسد البيع لانه صحيح ... ويدل عليه ...
على اداء مال الكتابة مشترطا عليها ان لا يكون لها اختيار في فسخ نكاحها
بعد ما صارت حرة باداء مال الكتابة حيث قال ع لا اختيار لها المسلمون عند
شروطهم لان عنده الامام ع به لعدم الخيار دليل على نقوضها

الشرط

در شرط ...

الشرط بالوضع ثبوتا وسلبا وفيه ان الرواية ظاهرها مخالفة الطريقة الاعتبارية
لدلالته على وجوب الوفاء بالشرط الاشد الى الغير المذكور في العقد المذكور
وحملها على الشرط المذكور في العقد ونحوه بقرينة الاجماع ليس باولى
من حمله على الادب ونحوه مما يتخطاه عن الاسند لا لا اذا لا قرينة
ظاهرة فلا بد من قرينة اخرى مع ان شرط عدم الخيار فيها مخالف للكتاب
والسنة فكيف يكون صحيحا فلا بد من تاويلها الى ضرب من الاستحباب واما
ادعاء التنافي بان شرطها بصحة الاجارة الثانية كما صدر عن بعض مشايخنا
فغير واضح لان وجوب الوفاء بالشرط لا يقتضي سوى تحريم الفعل المشروط
عدمه والتحريم لا ينافي الصحة والاستعانة بالعرف على صدق التنافي مصادرة
وقد يستدل على الفساد ايضا كما عن مفتاح الكرامة بصحيحة علي بن جعفر المتقدمة
حيث قال ع فيها ان كان اشترط ان لا يركبها غيره فهو ضامن من المستأجر الاول لا يكون
الا مع فساد الاجارة الثانية وهذا اغرب بعد ما عرفت هناك من عدم
التنافي بين صحة الاجارة الثانية وضمان المستأجر الاول العين اذا
سلمها الى الثاني بغير اذن وقد يستدل ايضا بان شرط الاستيفاء بنفسه يفيد
المنفعة المملكة لان الشرط في الكليات تنويع وفي الجزئيات اشتراط فلو شرط
الكتابة في شراء العبد الكلي الموصوف لم يملك المشتري في ذمة البائع الا الكاتب
ولو شرطها في العبد الجزئي ملك ولو لم يكن كاتبا فله الخيار بين الامساك والرد
فالمستأجر مع شرط المباشرة في الاستيفاء لا يملك سوى المنفعة الخاصة المتقيدة
بمباشرته بنفسه فلا شيء له حتى يملكه من غيره بالاجارة فيكون الاجارة الثالثة ح
فضوليا لانه ملك غيره فالا يملكه وهذا مع وضوحه مصرح به فيما لو مات المستأجر
فحكموا بانتقال المنفعة الى الورثة الا اذا شرط الاستيفاء بنفسه فانها ح لا تنتقل
اليه ويمكن المناقشة فيه بان هذا في البيع صحيح لكنه في الاجارة غير مطرد لانهم

الجزء ... علي ان فقهائهم ...

كبر ابثبوت خيار الشرط مع ان قضية التقييد الحكم بالفساد دون الخيار والفارق
هو حكم العرف فان استاجره لعمل في يوم الجمعة فعمله يوم السبت لم يستحق على
المستاجر شيئا وليس له خيار ولو استاجره وشرط التعجيل فخالف كان له خيار
الشرط كما مر في تعجيل الاجرة فان ما عرفت سابقا من ثبوت الخيار بالاشتراط
لا اختصاص له بالاجرة المزبورة بل مقتضى اطلاقهم ثبوت الخيار في الكلي المضمون
ايضا وسيأتي ثالثا نعم في المقنعة ما يزيد وضوحا للمقام ثم الفرق بين الامثلة
بين هو انه لو بنى فساد الاجارة الثانية على الوجه الثاني لم يكن للموجر خيار
الفسخ في الاجارة الاولى نعم له امضاء الاجارة الثانية على الوجه الثاني لم يكن لكونها فضولية
~~للموجر خيار الفسخ في الاجارة الاولى نعم له امضاء الاجارة الثانية لكونها~~
فضولية فعلى الرد فان امضى استحق على المستاجر الثاني الاجرة المسماة وان رد
استحق عليه مع الاستيفاء اجرة المثل هذا اذا امكن الجمع بين الاجارتين والا
بطلت الثانية وليس له الامضاء كما اذا اجر الدابة في يوم معين وشرط الاستيفاء
بنفسه فاجر المستاجر في ذلك اليوم من غيره فالاجارة الثانية حينئذ باطلة لا تقبل
اجازة المالك لانه لم يكن مالكا لتلك المنفعة بعد الاجارة الاولى المتضمنة شرط
المباشرة وانما كان مالكها لكانها قبل الاجارة الاولى على التخيير بينها وبين
المنفعة الاولى فكل من المنفعتين بدل عن الاخرى ودخل في ملك المالك اذا اختار
الاولى ولذا لو غصب عبد الصانع لم يضمن الغاصب للمالك من المنافع الفائتة
بقدر سوى احدى تلك الصنائع اذا كانت متساوية او اعلاها اذا كان بعضها اعلى من
الاخرى اذ الملكية عبارة عن السلطنة ولا سلطنة للمالك عليهما معا في ان
واحد فلا جرم لا يملك في كل آن الا احدهما مخيرا فاذا اختار احدهما
للاجارة منع عن الانتفاع بالاخرى عقلا وشرعا وهو واضح وبدلا ايضا لا
ستحالة الجمع بين البدلين نعم على المستاجر الثاني بعد الاستيفاء اجرة المثل

للمستاجر

للمستاجر الاول لانه فوت عليه ما ملكه من المنفعة بالاجارة الفاسدة وبلاحظ
في الاجرة مباشرة الاول فعليه له اجرة مثل ركوب الاول لا اجرة مثل ركوب نفسه
لانه غير مملوك للاول واما المالك فهو وان كان مالكا له في نفسه الا انه بعد
تمليك منفعته للاول لا مجال له لاخذ الاجرة بازائه نعم لو فسخ العقد الاول بتقايل
ونحوه من الثاني فللمالك اجرة مثل ركوب نفسه لان الفسخ اذا لم يمانع في حق
المالك بالنسبة الى المنفعة الثانية فلو كان اجرة مثل الثانية ازيد من اجرة مثل
الاولى فالزائد لا يستحقه المالك ولا المستاجر ويشكل ذلك بان المنفعة الثانية
مضمونة على الثاني قطعا كما هو المفروض ومقتضى الضمان اشتغال ذمته بالزائد
اما للمالك او للمستاجر ولا ثالث قد يقال انه للمالك لانه بدل ماله فان المنفعة
الثانية لم تخرج عن ملكه وانما حصل له مانع عن استيفائها عينا او بدلا
حيث ملك منفعة المستاجر الاول فامتنع في حقه استيفاؤها فاذا استوفاها
الثاني واشتغل ذمته بالبدل فيما قابل من ذلك البدل الاجرة المسماة التي
اخذها من الاول يرجع اليه دون المالك لان الاول استحق المنفعة
اولا عينا او بدلا بعقد الاجرة ما دفعه من الاجرة الى المالك واما الزائد فلا
وجه لحرمانه عنه بعدما كان بدل ماله وقد يقال انه للمستاجر الاول
لان المالك ليس له سوى ما عينه من المنفعة وملكه بالاجرة فبدل غير
ما عينه لا يرجع اليه ابدا لاستحالة الجمع بين المنفعتين عينا بحكم الفرض فكذا
بدلا فليس له اخذ بدل الاولى وبدل الثانية معا ولو بعضا بعد ان قطع يده
عن الثانية بالاجارة الاولى واما المستاجر الاول فهو باعتبار دخول
المنفعة الاولى في ملكه صار بمنزلة المالك فكما ان المالك كان مالكا
للمنفعتين على البدل فكذلك المستاجر يكون مالكا لها على البدل مثل من رفع
اليد في الايادي المتعاقبة فانه يصير بمنزلة المالك في الرجوع الى البدل

المناخرة بعد الاغرام فالمالك قبل الاجارة كان مخيرا في استيفاء اي
المنفعتين شاء كما ان مالك المغصوب مختار في الرجوع الى من يريد من الايادي
المتعاقبة لكن بعد ان استوفى احدهما باجرة ونحوها قام المستوفي منه
مقامه فان استوفاها فهو والا رجع الى من يستوفيها باجرة المثل لقيامه مقام
المالك بعد دفع البدل الى الثاني في الايادي المتعاقبة لقيامه مقام المالك
فيكون المعاوضة القهرية حيث ملك العين التالفة بالاغرام فيرجع الى من
وضع يده عليه او تلف تحته فكذا في المقام يقوم المستاجر الاول مقام
المالك بعد الاجارة الاولى فله ان يطالب بدل المنفعة التي استوفاها
الثاني وتوضيح المقام هو ان المستاجر الاول ملك المنفعة الاولى بالعقد
الصحيح على حد ملك المالك لها والمنفعة الاخرى وان لم يدخل في ملكه ولو على
البدل لكنها بدل على ملكه لتنافي الاستيفاء اجتماعهما في الوجود ويقتضي
هذه البدلية استحقاقه لبدلها من الاجرة اذا فات منه المنفعة الاولى
لان لازم ملكية شيء له بدل قيام بدله مقامه اذا فات ذلك الشيء فاجرة
المثل بدل من المنفعة الثانية وهي بدل عن المنفعة الاولى كما ان
انها بدل عن الاجرة المسماة في العقد فاذا فاتت من المستاجر
المنفعة الاولى ووجد المنفعة الثانية في الخارج باستيفاء احد بها
على وجه الضمان على عادة ان المستاجر الاول لانه بالعقد ودفع المسماة
صار كالمالك له بدل عند الفوات وهو ركوب نفسه فان ركوب غيره
يقوم مقام ركوب نفسه اذا فات حيث كان ملكه وهو في ملك المالك
فظهر مما ذكرنا ان في المسئلة وجوها احدها عدم استحقاق المالك على
المستاجر الثاني اجرة المثل لا للمالك ولا للمستاجر الاول ...
استحقاق المالك لها لكن لا باخذها بتمامها باخذ العين الزايد

ما اخذ

ما اخذ من المستاجر الاول حتى لا يلزم الجمع بين العوض والمعوض كما يلزم
الثاني ... استحقاق المستاجر لها بتمامها وعدم عود الزيادة الى المالك
كما هو ظاهر بعض مشايخنا قده واما احتمال اخذ المالك لها بتمامها وعدم عود شيء
منها الى المستاجر الاول فهو ضعيف احتمالا ودونه في الضعف الاحتمال الاول
من الثلثة المذكورة ودونه الاحتمال الثالث لان المستاجر الاول لا يستحق سوى
مقدار ما يقوم مقام المنفعة التي استحقها فالزيادة راجعة الى المالك لعدم
خروج المنفعة الثانية عن ملكه وانما كان يتوهم عدلا من الانتفاع من جهة الاستيفاء
بعدها فتنحصر في الجريان على مقدار ... فكما ان المالك مالك لجميع
المنافع المملوكة الممكنة الاجتماع فكذلك هو مالك الزائد عن اجرة اجل ...
بالنسبة الى اجرة الاخرى من هنا يظهر الفرق بين المقام وبين رجوع المغرم الى التالي
من تعاقب الايدي فانه اذا اغرم مالك العين يقتضي ملكية العين اخذ
بدلها ممن وضع يده عليها نعم لو بني على ضمان المغصوب بقيمته يوم الدفع
وفرض زيادة قيمتها يوم دفع الثاني عن يوم دفع الاول كانت الزيادة
ايضا للمالك ووجه الظهور مما ذكرنا هذا كله لو بني فساد الاجارة الثانية
على كون اشتراط المباشرة تقييدا او تنويعا للمنفعة ولو بني على الوجه الاخير
وهو الاشتراط فقط كان للمالك الخيار لتخلف الشرط فان فسخ كان مخيرا في
الاجارة الثانية بين الاجازة والرد فان اجاز استحق الاجرة المسماة فيها
وان رد استحق اجرة المثل هذا ويمكن ان يقال بعدم البناء على اقتضاء الاشتراط
عدم تأثير العقد الثاني وسلب السببية عنه كما هو مبنى الوجه المذكور
لا معنى لثبوت خيار تخلف الشرط للمالك لاستحالة التخلف حتى لو شرط ان لا يصلي
في مكان مخصوص فان مخالفة الشرط هنا كمخالفة النذر المتعلق على ترك
الصلوة المكروه وهذا بناء على الصحيح غير معقول نعم لو قلنا بصحة الاجارة الثانية

وبالمسمى بناء على التحريم واثبات الخيار دون الفساد واحتمال عدم استحقاقه
شيئا بناء على الفساد نظرا الى اقدامه على ضرر نفسه حيث اتلف على نفسه ما استحقه
من المنفعة بعدم الاستيفاء ولم يستفد من الاجارة الثانية نظرا الى فسادها
مدفوع بان من انه اذا ملك بالعقد المنفعة الاولى فقد ملك ضدها اذا
فاتت عنه ووجد الضد وليس في الاجارة الثانية اقدام على اتلاف ماله
اعني المنفعة الاولى مجانا وبلا عوض خاصة وهو لا ينافي عدم الاقدام على
الاتلاف مطلقا بالبدل بقي الكلام في امور لابد من التنبيه عليها الاول صرح في
المسالك وتبعه غير واحد ممن تاخر بانه يجوز مع اشتراط المباشرة اجارتها من
غيره مشترطا على المستاجر الثاني مباشرة نفسه في الاستيفاء فان استيفاء
المنفعة بنفسه اعم من ان يكون لنفسه فللمستاجر الاول ان يوجرها ولو مع شرط
الاستيفاء بنفسه اذ اشترطها هو على المستاجر الثاني ان يباشر استيفاء
المنفعة فالمنفعة للمستاجر الثاني الا ان مباشر الاستيفاء هو الاول ولاجل ذلك
زاد بعض مشايخنا قيد لنفسه بعد قوله بنفسه تحفظا للاطلاق او فرع اشتراط
الامرين اعني لنفسه وبنفسه بحجة اطلاق المنع في تسليم العين قلت يرد على ما في
المسالك ان شرط الاستيفاء بنفسه في مثل الركوب والسكنى يستلزم اشتراط المنفعة
او لا معنى لكون الركوب او السكنى للغير الا ان يكون مستعيرا منه او ماذونا وهذا ليس
من الاستيفاء للغير في شيء واما في حمل الدابة فانه وان امكن فيه ان يكون المحمول
لغيره الا ان الكلام في اشتراط المباشرة في استيفاء المنفعة لا في وضع اليد على
العين المستاجرة مقدمة للاستيفاء اذ لا اشكال في ان شرط المباشرة فيه لا يمنع من
الاجارة وفرق بين اشتراط المباشرة في المنفعة وبين اشتراطها في مقدمات الا
ستيفاء كوضع اليد على العين المستاجرة الاول يمنع عن الاجارة الثانية والثاني يمنع
من تسليمها العين الذي كان له لو لم يشترط بناء على المختار من جواز التسليم بغير اذن

وما نحن

وما نحن فيه هو الاول بل لعله استثناه من جواز اجارة العين من الغير فما ذكره في
المسالك من شرط المباشرة بنفسه اعم من ان يكون لنفسه فلا يمنع اشتراطها من الاجارة
من الغير اذا اشترط على المستاجر الثاني ان يستوفي المنفعة بنفسه غير جيد الحصول نعم لو
اشترط على المستاجر الثاني ان يوجرها من المستاجر الاول كان من الفروض في المسالك فيكون
نصا على العبارة الا ان الكلام في صحة هذا الشرط لانه مثل شرط البيع على البائع الذي صرح
العلامة وغيره بفساده نعم ثم ذكره في المسالك في مثل الزوج ان شرط المباشرة
في الاستيفاء هنا لا يمنع عن الاجارة الثانية لامكان ان يوجرها الموجر ويشترط
على المستاجر ان يكون هو المباشر في الزرع فيتم النقض وكيف كان فقيد اضافة
بنفسه لا يصلح فساد العبارة التي رجحها عنه في المسالك لان شرط بنفسه نفي سلطنة
المستاجر على اجارتها ثانيا وهو مناف لمقتضى العقد لانه يقتضي سلطنته على
الاجارة فاذا اشترط عليه ان لا يوجرها فيبطل كما اشترط ان لا يبيع ودعوى ان
قيد بنفسه يوجب تنويع المنفعة فلا يكون من الشرط الفاسد كالاشتراط لنفسه ممنوع
بان خصوصية المستوفي كخصوصية راكب الدابة وساكن الدار لا يوجب تعدد
المنافع وتنويعها نعم خصوصية المستوفى له فانها ليست من مشخصات المنفعة
فلا يرجع الى التنويع بل الى شرط عدم الاجارة الذي هو مناف لمقتضى العقد زيادة
قيد لنفسه لا يرفع ايراد المسالك على العبارة قلت يمكن منع فساد هذا الشرط على
طريقة القوم فانه مناف لاطلاق العقد لا لمقتضاه كشرط ان لا يبيع على زيد مثلا الذي
لا اشكال في صحته واما فساد اشتراط عدم البيع مطلقا لو سلم مع دلالة الاجماع على الصحة
كما مر في ابراز ان شرط الفاسد فهو انما نعتقد ثابت بالاجماع او نقول ان اشتراط عدم السلطنة
لا عدم الفعل وشرط لنفسه ليس شرطا لعدم السلطنة بل لعدم الفعل الذي
ليس منافيا لمقتضاه الثاني اذا لم يشترط الاستيفاء بنفسه فان جوزنا تسليم
العين الى المستاجر الثاني والا كان له تسليم العين بيد وكيله على ما عن جامع المقاصد

مدعيا عليه القطع وفيه نظر سبقنا اليه غيرنا لان التوكيل هنا ليس سوى الاعارة
فيكون المستعير قائما مقام الاجير المعير فيكون يده على العين في حكم يد المستاجر
الاول وفيه انه اذا جاز له تسليم العين الى المستعير فلم لا يجوز تسليمه مع الاجارة
الثالث انه اذا لم يشترط المباشرة ففي القواعد انه يجوز ان يوجر بمثلها واقل ضررا وشره
في حكي الجامع بان المراد ان يوجرها للركوب مثله او يوجر لمثل العمل اذ لو كان مورد
للعقد الاول وغيره كما انه يشكل فيه على الاول ايضا لانه مانع من عدم شرط المباشرة
في الركوب لا مانع عن الايجار لركوب مثله غيره ما لم يكن خارجا عن المتعارف فمنع بعض
مشايخنا له عن ذلك في غير محله فان القواعد مع تجويزه الايجار بغير المثل اذا استاجرها
في مدة مضبوطة لاي منفعة شاء كانت محل نظر لان ضبط المدة مع جهالة المنفعة
غير نافع نعم لو استاجرها لجميع المنافع فلا اشكال ولعله اراد ذلك لكنه خارج
عن موضع المسئلة وهو الاستيجار للركوب على شرط المباشرة او بدونها فيدفع
انه اذا استاجرها للركوب ولم يشترط المباشرة كان فاسدا الا مع الانصراف الى ركوب
المستاجر او من يماثله ولانه عدم التعدي الى غير المثل وعن موضع من كره
جواز الايجار لغير العمل الذي كان متعلق الاجارة حيث قال اذا استلم العين الى مكان
معين مدة الاجارة ولم يستعملها لزمت الاجرة وان كان لعذر كخوف الطريق
او عدم الرفيق لانه متمكن من السفر عليها الى بلد آخر ومن استعمالها في البلد
تلك المدة ومن موضع اخر الباب المنع اذا امكن العدول الى المساوي في السهولة
والاضر لو كان اقل ضررا الجواز ان يكون للموجر غرض في تعيين الجهة ومقتضاه
انه لا يجوز العدول الا مع العلم بعدم الغرض لكن الى صفا حاكرامه قلت
ليس في العبارة الاولى دلالة على جواز العدول الى غير العمل الذي
استوجر له ولا في العبارة الثانية دلالة على عدم جوازه اما الاولى فلان
استقرار الاجرة يكفي فيه كون العين المستاجرة مما ينتفع بها في الجملة وعدم

خروجها

خروجها عن صلاحية الانتفاع راسا فغرض العلامة ره ان الدابة لا تخرج عن
صلاحية الانتفاع بها في غير المسافة المقصودة له فضلا عن غيره وليس في
هذا دلالة على جواز العدول من الجهة المعينة في ضمن العقد الى غيرها
واما الثانية فلان المنع في هذه العبارة مفروض في صورة شرط
المالك عدم العدول الى غيرها عن غير مشيئة اسنده الاله في اخر المسئلة
بقوله المؤمنون عند شروطهم ولعله نظر المسئلة الى اخرها ولا كلام
في عدم الجواز مع الاشتراط كما صرح به في موضع من التذكرة بعض بحج
بجواز استعمال العين المستاجرة في غير الذي عين في العقد اذا لم
يشترط المالك عدمه بالتخصيص عليه ومع الاشتراط نقول ان للمالك
المنع نظاهره انه لا لامضاء بناء على دخولها في العقد وان كان
للمالك حق المنع بمقتضى الاشتراط وحاصله ان الاشتراط ليس
مفرعا وانما غايته اثبات خيار تخلف الوصف قال في مسائل اجارة
الارض اذا استاجر الارض على ان يزرعها حنطة مثلا لم يجز له ان يزرعها
ما هو اضر من الحنطة ويجوز ان يزرع المساوي والاقل ضررا خلافا
للشيخ فلو فيجوز الشعير لانه اقل ضررا من الحنطة مثلا ولم يجوز له ان يزرع
الارز لكونه اكثر ضررا الى ان قال وقال القرطبي من الشافعية لا يجوز
العدول الى غير الزرع المعين ومن اصحاب الشافعي من قال انه قول الشافعي
ورواه ومنهم من قال واه ورواه وقد تقدم ابطاله هذا في تعيين الجنس والنوع
واما اذا عين الزرع المعين فقال ازرع هذه الحنطة المعينة فان له ان
لا يزرع غيرها فالاقوى انه كما لو عين الجنس او النوع يجوز التخطي الى المساوي
والاقل ضررا وفاقا [illegible] غيرها فالاقرب جواز العقد ولزوم الشرط لقوله
ص المؤمنون عند شروطهم وللشافعية قولان الى ان قال وعلى هذا ابناء سائر

المنافع واذا استاجر دابة للركوب فى طريق لم يركبها فى طريق اخشن ولو كانا
فى مثل ذلك الطريق عند الشافعى وكذا اذا ركبها عندهم واذا استاجر لحمل
الحديد لم يحمل القطن وبالعكس واذا استاجر دكانا فله ان يباشرها
ويأذن فيها فى الضرر او يساويها دون ما هو فوقها انتهى كلامه ونبع مقامه
وفى مواضع اخر ايضا صرح بجواز ذلك دون مجمع البرهان الجواز الا اذا
علم المنع من المالك وقد عرفت منع الشيخ عنه فى كره وعنه ايضا نقل
قولين فى المسئلة وكيف كان فالاشكال فى الحكم المذكور من وجهين الاول
ان العدول الى غير المعقود عليه تصرف فى مال الغير من غير اذن نكلمه فيه
الثانى ان الفرق بين الشرط وعدمه بعد امكان الشرط مؤكدا ضرورة اقتضاء
التخصيص التعيين غير ظاهر الوجه ويمكن الذب عن الاول باذن ذكر الجنس
يجرى عرفا مجرى المثال فلا يحصل التخصيص والتقييد فى المنفعة المعقود
المعقود عليها الا بالقياس على ما هو اشد ضررا فاذا قال اجرتك لزرع الحنطة
فكانه قال اجرتك لزرع شئ كالحنطة فى الضرر فيجوز له العدول الى المساوى
وبه يندفع الثانى ايضا لان الشرط حينئذ قرينة على تعلق الغرض بالخصوصية فيجوز
للمالك منعه ثم مقتضى ما مر هنا ان الشرط اذا الحقنا الكلى بنوعه الى نوعين
بخلاف الجزئى عدم جواز العدول الى المساوى ولو لم يمنع عنه ضرورة
كونه تصرفا غير ماذون فيه وهذا من موارد النقض التى اشرنا اليها اجمالا سابقا
الا ان يلتزم بعدم جواز العدول ولو اذن الا بمعاملة جديدة ولا يرجع الى اجرة المثل
ان جواز العدول الى المساوى هو الاقوى ولكن لا بد فلا ضرر بالا ولوية وهذا مع عدم الشرط ومعه
الا مع الاذن لكن لا يحتاج الى معاملة جديدة كما يقتضيه التنويع بالمعاملة الاولى ماتلة لم دو
٢ من الجواز مطلقا الا مع النهى لا يستقيم الا فى صورة الشرط ولا فى صورة عدم لان المستاجر
لم العقد ولو مع النهى واما فى صورة الشرط فيحتاج الى الاذن الا ان يكون الشرط تقييد ...

بناء على عدم

على عدم للفسد ما لم يمنع لا مانع من العدول كالو شرط المشترى عتق العبد فانه يمنع بيع وان
اوجب الخيار للمشترط الا ان هذا انما يتجه على مذهب الشهيد فى فائدة الشرط من انه لا يقتضى الا جعل
دون التكليف وكيف كان فالجمع بين دخول العدول اليه فى الاجارة مع الشرط وان حرم على المستاجر
استيفاؤه مع منع المالك وبين فساد الاجارة الثانية مع شرط الاستيفاء غير مستقيم كما لا يخفى ولو اجر ذلك
غير المالك او من هو قائم مقامه بوكالة او ولاية بتبرعا من دون ان يجب عليه على ما يقتضيه تفسير الفقهاء
للتبرع حيث قال فى محكيه تبرع بالاعطاء تفضل بما لا يجب عليه وفعله تبرعا اى تطوعا وان كان فى الظاهر
بحيث يشمل فعل الفضولى ما نظر وتامل قيل بطلت الاجارة اما لعدم صحة مطلقا كما هو مذهب غير واحد من
الاعلام او لاختصاص الصحة بالبيع والنكاح على الخلاف او للاشكال فى تلك المسئلة والمراد
بالبطلان عدم الصحة راسا كعقد الصبى وقيل لم يبطل كذلك بل وقف على اجازة المالك فان
رد بطل واخذ اجرة المثل مع الاستيفاء ومع تسبيب الفضولى تخير بين الرجوع اليه والى المستاجر
فان رجع اليه لم يرجع الى المستاجر مع الغرور والا رجع وان اجاز فان اجاز قبل الاستيفاء اخذ
اجرة المسماة وان اجاز بعده ففى استحقاق المسماة واجرة المثل وجهان مبنيان على كون الاجازة
كاشفة او ناقلة فعلى الاول كان له المسمى ايضا وعلى الثانى بنى على تاثير الاجازة ح لكن قيل انه فى
تاثيرها اشكالا لان المنفعة المعدومة كيف ينتقل بعده ما اليه وهو اى القول الثانى حسن
كتابا وسنة واجماعا وتنقيح هذه المسئلة وان كان التعرض لها لا يناسب المقام يتم برسم
مقامات الاول فى صحة بيع الفضولى فى الجملة هذا قبالا للسلب الكلى الثانى فى عمومه او اختصاصه
بصورة دون اخرى الثالث فى الاجازة التى هى شرط الصحة الرابع فى الرد واحكامه والمراد
بالفضولى على ما نقل عن الشهيد هو الكامل الغير المالك للتصرف وعن بعض العامة انه العاقد
بلا اذن من يحتاج اليه وعلى هذا جرى فى المنافع والقواعد والارشاد وغيرها مما اشتمل على
قول لو باع الفضولى لكن فى عباراتهم توصيف نفس العقد بالفضولى ايضا ولعله مسامحة كما
قيل ويحتمل العكس بناء على كون الفضولى عن العاقد عملة كما يساعده استعمالاته الدائرة فى السنة

الناس غير كتب العلماء فيكون الفضولي في نفس العقد الصادر عن الفضولي اى المستورك الذى لا دخل للرضا
دخل فيه حقيقة اى الفعل المنسوب الى الفضولي كما ان تفسيره بالعاقد مبنى على كون الفضولي اسما للعقد
حتى يكون المنسوب اليه هو العاقد فلا مشاحة في شئ من الاطلاقين نعم لو ثبت للفقهاء اصطلاح في نقله
كان احد الاطلاقين مسامحة او مجازا وح لا بعد في ترجيح الاول لكونه اغلب في اطلاقاتهم و
اما على تقدير عدم الاصطلاح فلا مسامحة وكيف كان فالكلام في صحة بيع من لم يحصل له ذلك مع ا
استجماعه الشرائط العقلية ومن هنا اختلف الانظار فمنهم من جعل السلطنة على التصرف من شروط العاقد
ومنهم من ارجعها الى شرط العوضين فاشترط المملوكية بهذا المعنى فيهما والاول اولى وكيف كان ففي المقام
اقوال قولان الاول الصحة وهو المعروف من قدماء الاصحاب ومتاخريهم بل عن التذكرة نسبته الى علمائنا
تارة صريحا واخرى ظاهرا بقوله عندنا الا انه قال بعد ذلك ان لنا فيه قولا بالبطلان والسرائر والغنية
والخمس في بيع الايضاح والسيد الداماد خلافا للمحكى عن ظ الشيخ والحلى وابن زهرة في الخلاف وفي كنز
العرفان هو المشهور بينهم وعليه الفتوى وقال جماعة كما يحكى وعن وكالة الايضاح الخلاف موافقة المش
وعن حاشية الارشاد عدم ترجيح احد القولين وعن كشف الرموز انه يلوح من الشيخ وسلار وابي
التقى ابي الصلاح على ما نقل ان للولاية على التصرف تاثيرا في الصحة وعدمها والفساد ولا دلالة فيه
على الفساد المبحوث عنه وكذا المحكى عن السرائر حيث قال ان سكوت المالك لا يدل على الاجازة فلا انتزاعه
بل هو بالدلالة على خلاف ما نسب اليه اولى واما المحكى عن الخلاف والغنية فهما صريحان لا يحتملان
التاويل مع دعوى الاجماع عليه وهو كما لم يحكم بالصحة على ما نقل عنهم ومن عدا هم حكموا بها
موقوفة على الاجازة حجة الاولين وجوه الاول عمومات الكتاب والسنة مثل احل الله البيع وتجارة
عن تراض واوفوا بالعقود لان الشك هنا في شرطية مباشرة من له العقد بنفسه او بوكيله وكما
عن مهما وكذا لو كان الشك من جهة مقارنة الرضى للعقد فيندفع ايضا باطلاق التجارة عن تراض
مع ان الرضا اعم من الفعلي والتقديري الذى منه الفحوى وشاهد الحال وهو موجود حال العقد
والا لم يجزه بعد الاطلاع مع انا نفرض الرضا الفعلي حاله ويتم في غيره بعدم القول بالفصل

بناء على كونه

بناء على كونه من الفضولي كما ستعرف لكن هذا مبنى على كفاية الرضا من دون استكشافه بالاجازة ويأتي الكلام
فيه انشاء الله وقد يستدل ايضا بانه عقد صدر من اهله في محله اما انه عقد فبحكم العرف واما انه صدر
من اهله فلكمال العقل في العاقد واما مصادفته المحل فلتعلقه بما هو متمول ومملوك لكن عن الشهيد
في غاية المراد ان هذا مصادرة فان اداء معنى اهلية العاقد واما بالكمال فليس كذلك وان اراد معنى
الاهلية فليس بمعتبر ولعله اراد ان المانع يدعى عدم كون الفضولي اهلا وفيه ان المستدل
اراد الاهلية بالكمال اذ يكفى في ذلك التمسك بالعمومات فلا مصادرة نعم يرد عليه انه ان اراد بالاهلية
الكمال كان الاستدلال بمجرده غلطا وان اراد الاهلية بالمعنى الثاني كان مصادرة وحيث ان القائل
انسب بحال العلماء لم يلتفت الشهيد الى الاول وفيه انه لا يحمل على الذى قررنا وحاصله ارادة
بالكمال مع التمسك بالعمومات مقدمة مطوية تركوها لنقة بوضوحها واما توجيه الاستدلال
مع كون الخطاب متوجها الى المتعاقدين خاصة فهو انه يكفي في توجيه الامر ان ملابسة بالعهد
ولو بالوفاء المتاخر لان الرضا بعمل كما يتوجه الامر بالوفاء في صورة المباشرة بالعقد والاذن
مع عدمها اذا تبعه الرضا او به بل ربما يقال او قيل ان الامر بالوفاء غير مختص بالمتعاقدين بل
يتوجه الى الاجنبي ايضا فكيف عن المالك وفيه ان الامر بوفاء العهد الصادر من غير المالك
من دون تنزيل او ضرب من المجاز لا يصدر من عاقل بل هو من مضحكات الاقاويل نعم في
رضاء المالك بعقد الفضولي قد يقال بعدم استهجان امره بالوفاء ايضا وتامل
على اهل الاستقامة والعمدة في المسألة بناء الاصحاب مع ما ياتي من الادلة والا فالرجوع
الى العمومات اشكال بين لان كل احد يعلم ان المقصود بها امضاء التجارات والبيع المتعارف بين الناس
فكيف يندرج الفضولي في اطلاقات البيع والتجارة ومادة العقد الذى امر الله بالوفاء بجميع
او افراده اللهم الا ان يدعى ان انصرافها الى عقد غير الفضولي الغير المتعارف بين الناس
في زمانه الا نادرا انصراف بدوى ناش من قلة التعارف بالغالب كانصراف الانسان الى ذى يدين
في التكاليف المتوجهة الى الناس في قوله تعالى يا ايها الناس وما اشبهه ويجعل ما ياتي من

شاهدا على ذلك فهي ادلة تثبت بها دلالة العمومات ايضا وما ابعد بين ما ادعيناه من الانصراف
الى غير الفضولي وما ادعاه بعض المحققين من استقرار السيرة على العمل بالعقد الفضولي لو تما
وشيوعه بين الناس نظرا الى ان الاباء يتصرفون في املاك الاولاد وكذا سائر الاقارب يتصرف بعضهم
في مال بعض اذا راى المصلحة وهو غير الوكلاء والامناء في التجارة وكذا يتخلطون من دون
الاذن اذا راوا المصلحة ولا يتوقفون حتى يستاذنوا من الموكل والمضارب بل يكتفون
بالرضاء المتاخر وعليه داب الناس وعلمائهم من صدر الاسلام الى هذه الاوان
وفيه ما لا يخفى من المقدمات التي كلها قابلة للمنع الثاني الاخبار منها حديث عروة
المعروف بين العامة والخاصة حيث دفع النبي ص دينارا ليشتري به شاة فاشترى شاتين ثم
باع احديهما بدينار وجاء بالاخرى مع الدينار اليه ص فقال ص بارك الله في صفقة يمينك
وهي صريحة في نفوذ عقد الفضولي اما بالرضاء التقديري على الوجه الذي قد بيناه او بالاجازة
المتاخرة فان قلنا ان المقرون بالرضاء مع عدم التوكيل والاذن داخل في المتنازع فيه
فدلالته ح واضحة وان قلنا بخروجه دل ايضا بالتقريب المتقدم اذ ملاك الفضولي
لا هو مقرون بالرضاء التقديري حتى ما كان مسبوقا بالنهي فيكون صحته على القاعدة
لا يحتاج الى دليل ضرورة كشف الاجازة المتاخرة عن الرضاء السابق تقديرا مع عدم
الفرق فيما يعتبر فيه الرضاء من التصرفات بين الرضاء المستفاد من الاذن الصريح او من الفحوى
وشاهد الحال وهذا الوجه طريق لم يسبقني احد فيما اعلم وبه يندفع ما اورد عليه
من ان بيع الشاة بالدينار كان مقرونا بالرضاء النبوي ص المعلوم عند عروة وكونه من الفضولي
المبحوث عنه غير واضح وذلك لان علم عروة برضاء النبي ص لو كان من شاهد الحال او الفحوى
اذ من الواضح عدم صدور ما يستفاد منه الرضاء سابقا فهذا الرضاء لو كان ثابتا عنده من احد
الوجهين فانما كان مقارنة رضاء المالك كافية في صحة العقد ومخرجة له عن الفضولي لزم
الالتزام بالصحة في جميع الصور حتى صورة سبق النهي لانه بعد الاجازة ينكشف الرضاء

السابق ولو لم يكن

السابق ولو لم يكن المالك ملتفتا اليه لان الرضاء المعلوم بشهادة الحال لا يجب ان يكون شعوريا
دائما للمالك بل علمه لابد ان يكون الرضا معلوما للعاقد وفي صورة النهي خلافه معلوم منه
فالقول بصحة العقد مع الرضاء المقارن لا يستلزم القول بها فيها او مع اعتقاد العاقد
عدم الاذن او شكه فيه علم العاقد برضاء المالك لا دليل على اعتباره بل الدليل انما
هو اعتبار رضاء المالك والمفروض وجوده واقعا ولو لم يكن العاقد عالما به والمالك
ملتفتا اليه نعم في العبادات لابد من احراز الرضاء فيها باحدى الطرق الثلثة من حين العمل
واما في المعاملات فلا ومما ذكرنا يستراح من الاحتجاج على كون بيع العروة وشرائه ثانيا
مرضيا للنبي ص بتصرفه في الشاة المستباعة مع ان تصرف الفضولي في المال حرام ويدل
على علم عروة برضاء النبي ص بالعقد وترتيب الاثر عليه من القبض والاقباض ولا للمقررة
ص عليه وردعه لاستلزامه ارتكاب الحرام وردعه عما صدر عنه من ارتكاب الحرام على وجه
الاستراحة ان اجازة النبي ص كاشف عن رضائه بالعقد ولو لم يكن معلوما لعروة واما
ما ربما يورد او اورد على الحديث ايضا بان معاملة عروة كانت معاطاة بين النبي ص والمشتري
وكان عروة بمنزلة الالة كالصبي المتوسط بين المتبايعين في القبض والاقباض فلا مساس
له بالفضولي فهو عجيب اذ بعد المساعدة على انعقاد المعاطاة بواسطة الاجنبي مع
تحقق الرضاء بين المتبايعين مع وضوح فساده كما مر في بابه فهو لا يتم في الرضاء الثاني
لان التراضي انما يكفي في المعاطاة بعد تحقق التعاطي ولو بالوسائط فقبله لا بيع ولو بالمعاطاة
فلا مناص عن اجراء حكم الفضولي في البيع والشراء الصادرين عن عروة وان امضاه
المتاخر صحح المتقدم كما ستعرف نعم يرد على الحديث ما غفلوا عنه وهو واضح وهو انه يحتمل
ان يكون عروة قد اشترى الشاة بالذمة لا بعين الدينار المدفوع اليه فخرج عن الفضولي
ح الا ان يكون قد اشترى بذمة الموكل وهو النبي ص وهو غير معلوم وحمله على الشراء بعين
الدينار في غاية البعد لخروجه عن المتعارف بين الناس في الاثمان فالمستند عليه
اثبات احد امرين اما وقوع الشراء بعين الدينار او بذمة النبي ص حتى تكون الشاة

فقد دخلت في ملكه ع والا فقد دخلت في ملك غيره وان دفع الدينار وفاء عمّا في الذمة
ولولا هذا الاشكال لكان الحديث اصرح ما في الباب ولا ينافيه بعض الاحتمالات التي ابدوها
مناقشة في دلالتها لكونها كلا مخالفة للاصول والظواهر كما لا يخفى على من اطلع عليها اللهم الا ان
يقال يكفي في وقوع الشراء للموكل كون الداعي هو امره ولا يحتاج في بقاء الداعي حين الشراء وهو
حسن ولما ذكرنا اقتصر سائر الفقهاء في اثبات الفضولي بعد العمومات على هذا الحديث الشريف
فان ما عداها من الاخبار الاتية لا تدل الا بتكلفات نبه على دقائق انظار متاخري المتاخرين
الذين ادق من المتاخرين ومنها صحيحة محمد بن قيس عن ابي جعفر ع قال قضى امير المؤمنين
في وليدة باعها ابن سيدها وابوه غائب فاشتراها رجل فولدت منه غلاما ثم قدم سيدها الاول فخاصم سيدها الاخر فقال
وليدتي باعها ابني بغير اذني فقال ع الحكم ان ياخذ وليدتها وابنها فناشده الذي اشتراه
فقال له خذ ابنه الذي باعك الوليدة حتى ينفذ لك فلما راه ابوه قال له ارسل ابني قال لا والله
لا ارسل ابني فلما راى ذلك سيد الوليدة اجاز بيع ابنه الحديث وهذا ايضا ظاهر الدلالة
على المدعى كما ادعى به في محكي الدروس بل هو اظهر من السابق الا انه يبعده فقرات ظاهرة في ان الاجازة
بعد الرد وهم لا يقولون به فلابد من طرحه او تاويله الى ما ينطبق على غير الفضولي مثل ان يقال
قول الامام ع خذ ابنه الذي باعك حتى ينفذ لك البيع مبني على علمه ع بكذب سيد الوليدة
في دعوى عدم الاذن او نحو ذلك واجيب بانا سلمنا ان الاستدلال ليس هو قضائه في القضية
الشخصية لان الفعل مجمل لا يمكن التعويل عليه اذا كان مخالفا للقاعدة فياتي فيه نحو ما ظهر
موضعين منها في ان للمالك ان يجيز العقد الواقع على ملكه وتصحيحه احدهما خذ ابنه
الذي باعك الوليدة حتى ينفذ لك البيع وثانيهما قوله الباقر ع في مقام الحكاية فلما راى
ذلك سيد الوليدة اجاز فالبيع فيؤخذ بهذا الظاهر ويتصرف في ظهور فقراتها في الرد فيحمل
اطلاق امر الامام ع سيد الوليدة باخذها على الاخذ المقدمي لتحصيل الثمن لو اجاز نظير
حبس الولد لتحصيل قيمته يوم الولادة فيكون مقيدا بعدم الاجازة ويحمل اخذ الولد
ايضا على ذلك فلا يكون ردا فعليا كما قيل ويحمل مخاصمة المشتري الظاهرة في رد السيد
ايضا على التماس تحصيل الاجازة وهكذا سائر فقراته الظاهرة في رد المالك او قصد

الاجازة فيها

الاجازة مطردا او لم يرد قلت احتمال الفعل لا يمنع عن حجية اذا كان ظهور عبارة النقل في المدعى
اكثر من ظهوره فيما ينافيه وانما يمنع منها اذا انكشف الظهور ان فلو نقل عن الامام
حكم بتاثير الاجازة بعد الرد فهو لا ينفع بعد الاجماع على خلافه فيدور الامر بين
التصرف في الرد للمحكي او حمله على بعض الوجوه وبين التصرف في الاجازة او حملها على بعض الوجوه
واما لو نقل صورة الواقعة وكانت متضمنة لتاثير الاجازة بعد الرد لزم ح متابعة اقوى
الظهورين فلو كان ظهورها في الاجازة اقوى والتصرف فيها ابعد فلا مانع من العمل
قد يقال بعدم المانع للتكافؤ اذا كان المنقول صورة الواقعة لوجود المقتضي وعدم المانع
لان بطلان احد مضامين الخبر لا يضر سيما السقوط الاخر كما فرضنا اشتماله عليها وربما بحث
لا يقبل التاويل فان ما دل على قضائه بصحة الاجازة لا يرد بسبب كونها بعد الرد لاحتمال
كونه ردا في الواقع وان زعمه الراوي بل يمكن اجراء الكلام مع النقل الاجمالي ايضا لانا اذا
حكى عن الامام ع تصحيح عقد الفضولي بالاجازة بعد الرد فقد حكى عنه شيئين احدهما
نفوذ الاجازة في الفضولي وقيامه مقام الاذن والثاني عدم اشتراطه بعدم الرد والحكاية
الاولى تنفع لعدم المانع واما الثانية فلا تنفع للاجماع بحمل اخبار الحاكي على الاشتباه
في زعم الراد ولم يكن كذلك ولو كان الحاكي غير الامام ع لو لم يكن اماما اللهم الا ان يعارض الاشتباه
في الرد بالاشتباه في باب الاجازة وكذا احتمال التاويل في كل منهما قائم فلا اولوية لاحدهما
على الاخر من غير فرق بين النقل الاجمالي والتفصيلي لان حكاية تفصيل الواقعة لا تفيد اذا
كان محصلها مخالفا فان كان للحاكي معصوما تعين التاويل في الكلام اما في الاجازة او الرد او
غيره زيد عليه احتمال الاشتباه فيقول انه لم يكن مرجحا للحمل على الاشتباه وعلى التقديرين يسقط
عن صلاحية الاستدلال فالتحقيق انه بمجرد القضاء المحكي عن امير المؤمنين ع في قضية الرد
لا ينفع واما مع ضم قوله ع خذ ابنه الذي باعك الوليدة حتى ينفذ لك البيع وقول الباقر ع
فلما راى ذلك سيد الوليدة اجاز البيع ففي الاستدلال به ايضا اشكال بعد الاجمال على عدم

٥

صح

صحة الاجازة بعد الرد اذ بعد ملاحظته لا يبقى الظهور بحاله كالعام الذى لا يجوز العمل به
فى مورده فانه يصير بسبب الاجمال ولا يصح الاخذ بعمومه وحمل المورد على بعض الوجوه واما احتمال
علمه بكذب سيد الوليدة فى دعوى عدم الاذن فهو لا يصحح الظهور المذكور ولا يخرج
المورد عن المحذور بل هو ينافيه صريحا عدم كون الاجازة المذكورة فى الرواية اجازة
لاحقة للفضولى فكيف ينفع الاحتمال المذكور للعمل بالظواهر المسطورة ودعوى ان ظاهر الفقرتين
جواز الاجازة للمالك مط للفضولى كما او الاحتمال المذكور لا ينافى ذلك وانما ينافى ظهورها
فى كون الصادر من سيد الوليدة من قبيل اجازة الفضولى ممنوعة اذ غاية ما يفيد من قوله خذ ابنه
حتى ينفذ لك البيع نفوذ اجازة سيد الوليدة لا نفوذ الاجازة فى عقد فضولى مط وتوهم ان اتحاد الحكم الشرعى
فى جميع الوقايع يستلزم اولا صحة هذه الاجازة لا صحة جميع الاجازات فيدل على قبول الفضولى للاجازة
مدفوع بان قوله يصير بمنزلة عام غير معمول به فى اكثر موارده فيكون مجملا ولذا الكلام فى التمسك
بظهور قوله الباقر نعم ينبغى ملاحظة اقوى الظهورين كما ذكرنا فان كان ظهور الكلام فى نفوذ
اجازة المالك اقوى من ظهور الفقرات المذكورة فى الرد عملنا بظهور الاجازة وجعلناه قرينة صارفة
لظهور الفقرات المذكورة كما انه لو انعكس انعكس ومع التكافؤ خرجت الرواية عن صلاحية الباعث على
الاجمال ولا علاج له ومنها ما ورد فى استرباح الودعى من الوديعة ظلما من كون الربح للمالك فعن
مسمع ابن ابى سيار قال قلت لابى عبد الله انى كنت استودعت رجلا مالا فجحدنيه وحلف لى عليه ثم جاء بعد
ذلك بسنين بالمال الذى كنت استودعته اياه فقال هذا مالك فخذه وهذه اربعة الاف درهم
ربحتها فى مالك فهى لك مع مالك واجعلنى فى حل واخذت المال منه وابيت ان اخذ الربح
واوقفت المال الذى كنت استودعته واتيت استطلع رايك فما ترى فقال خذ الربح
واعطه النصف واحله ان هذا الرجل تائب والله يحب التوابين وهى واضحة الدلالة على
وقوع عقد الفضولى للمالك لكن يجب حملها على الاجازة وكان التجارة بعين الوديعة وهذا وان كان
تقييدا لكن تطبيقها على القاعدة قاض بذلك مع ان البعد اذ الا الوديعة ثمنا واما كان سلعة

او متاعا بباع

او متاعا بباع فلا اشكال ومنها ما ورد فى الاجير الخاص الذى لا يجوز له ان يعمل لغير المستاجر من انه
لو عمل لغيره وحصل شيئا فهو للمستاجر فانه ايضا من فروع الفضولى فلو لم يقم الاجازة اللاحقة
مقام الاذن السابق لم يستحق الاجير الا المستاجر ما حصل بل انما يستحق اجرة مثل عمله على المستاجر الثانى وحمل ما حصل
على اجرة المثل خلاف ظاهر الادلة على اليه وان كان محتملا قريبا ومنها ما ورد فى المضاربة من ان
العامل لو خالف الشرط المقرر فى العقد فسافر الى غير الجهة المعينة مثلا كان الربح بينهما
نصفين وان خرج عن الامانة وصار ضامنا لان هذه الاية لا ينطبق على القاعدة الا اذا
قلنا بقيام الاجازة مقام الاذن ولذا اقتصر جماعة على النصوص فى تلك الاخبار ولم
يتعدوا الى غيره اقتصارا فيما خالف الاصول على مورد النص لان التخلف عن شرط المالك
يوجب انتفاء الاذن المصحح للعقد فلو لم يكن رضائه بعد التجارة بمنزلة اذنه وتوكيله
سابقا لم يصح المضاربة ولم يستحق المالك ربح المال بل كانت العقود كلها باطلة فلا ربح
حتى يستحقه المالك لكونه نماء ملكه ثم لو كان العقد فضوليا بمقتضى حرمان العامل جزء الربح
راسا فكيف يشارك المالك فى الربح ومن هنا قد يتوهم او توهم انطباق النصوص على القواعد
بدعوى عدم استلزام مخالفة الشرط هنا فضولية العقد فان الاشتراط لا يقتضى
سوى خصوصية زايدة على كلى الاسترباح الذى هو المقصود للمضارب لا انه يوجب تقييد
الاذن فيكون من باب تعدد المطلوب ولا ينافى ذلك خروجه عن الامانة لانه يخالف
المطلوب الثانى يكون متعديا لكن فيه ان هذا الاحتمال ليس باولى من جعله دليلا على
صحة الفضولى وكون استحقاق العامل الربح حكما تعبديا ثابتا من الاخبار مراعاة لاحترام
عمل المسلم على خلاف قاعدة عدم الاحترام اذا كان عمله غير ماذون فيه بل المتيقن اولى
كما هو ظاهر الكلام والجملة لانهم صرحوا بان هذا الحكم مخالف للقاعدة وان اختلفوا بين من عمم
الى جميع صور مخالفة الشرط وبين من اقتصر على خصوص المخالفة فى تعيين المتاع المنصوص
فى الاخبار بل يدل عليه انه لو كان هذا من باب تعدد المطلوب لاشترطوا به فى الوكالة ايضا

لكن الفرابتناء ما ذكره من الاحتمال ... على

ولدلان المضاربة الواقعة ... فضولا او ...

السفر ... والعينين

وما يقل

ولم يقل به احد حتى فيما لو كان له جعل فقط ان استحقاق المالك هنا للربح انما هو لاجل قيام رضائه بعد عمل العامل وتجاراته مقام اذنه وتوكيله وان استحقاق العامل الربح مخالف للقاعدة ثبت بالنص وقد يورد ايضا ظاهر الاخبار كون الربح للمالك ولو لم يجز وبه قال في الحكى المسالك قائلا لانه خرج عن قاعدة الفضولي بالنص وفيه ان هذا ليس باولى من حمل الاخبار على الغالب من رضاء المالك بالتجارة الرابحة الواقعة عن العامل على ماله فضولة ومنها ما ورد في النكاح من النص على صحة الفضولي مع ما ورد فيه انه مبني على الاحتياط فيدل بالفحوى على صحته في غيره فقد روى فيمن اراد التزويج امرأة طلقت ثلثا على غير السنة انه قال هو الفرج ومنه يكون الولد ونحن نحتاط فلا تزوجها وعن النبي ص لا تجامعوا في النكاح على الشبهة وبه استدل غير واحد منهم صاحب الرياض وفاقا للمحكى عن غاية المراد قائلا انه لولاه لاشكل الحكم من جهة الاجماعات المحكية على المنع واورد عليه بان الفحوى ممنوع بالنص الوارد في صحة نكاح الوكيل مع العزل ردا على العامة القائلين بالفساد فرقا بينه وبين البيع ورد في امرأة وكلت في النكاح ثم عزلت الوكيل ولم تعلمه قال الصادق ع تعريضا عليهم يعزلون الوكيل عن وكالتها ولم تعلمه بالعزل قال الراوي وهو على بن سبابة قلت نعم الى ان قال وينقضون جميع ما فعل الوكيل في النكاح خاصة وفي غيره لا يبطلون الوكالة الا ان يعلم الوكيل بالعزل ويقولون المال منه عوض لصاحبه والفرج ليس منه عوض اذا وقع منه ولد فقال ع سبحان الله ما اجود هذا الحكم وافسده ان النكاح احرى واحرى ان يحتاط فيه وهو فرج ومنه يكون الولد الخ عليا ع انفذ امرأته الى اخر قصة المرأة الماضية في مضي الوكالة وحكمه ع لزوجية المرأة للزوج المدعى بعد حلف الوكيل على عدم العلم بالعزل حيث دل على انفكاك الاولوية وان صحة البيع يستلزم صحة النكاح بالاولوية دون العكس وقد يجاب عنه بان الاحتياط في مورده يرجع الى النكاح الثاني المترتب على فساد نكاح الوكيل لكونه سببا للزنا بذات البعل وهذا لا ينافي كون الاحتياط في اصل

النكاح

النكاح اقوى من الاحتياط في البيع بمعنى وجوب الاقتصار على القدر المتيقن من الاسباب في كل من الجواب والرد والاستدلال بالفحوى ومضمون الرواية اشكال ونظر اما الجواب فلان ذكر قضاء امير المؤمنين ع في قضية المرأة صريح في ان غرض الامام نفاذ نكاح الوكيل لاجل الاحتياط مضافا الى قوله ع يعزلون الوكيل عن وكالتها في مقام الانكار عليهم فانه ايضا ظاهر في كون الاحتياط هو تصحيح النكاح الاول واما الرد فلان غرض المستدل الحاق البيع بالنكاح في الاجزاء وشرايط السبب وهو العقد وان التوسعة في سبب النكاح يستلزم التوسعة في غيره فاذا ثبت عدم شرطية شيء في عقد النكاح ثبت عدمها في البيع بالاولوية لا في سائر الاشياء فان منها ما يناسب البيع ومنها ما يناسب النكاح ومورد الرواية خارج عما نحن فيه لان الكلام فيه في انعزال الوكيل بالعزل قبل الاعلام لا في شرط من شرايط الصيغة وارجاعه الى ما نحن فيه بان مرجع بطلان الوكالة وعدمه الى سببية العقد الصادر منه وعدمه كنسبة العقد الصادر من الفضولي فيكون من قبيل ما نحن فيه مدفوع بان صحة النكاح وفساده من غير جهة راجعة الى نفس العقد ايضا خارج عما ادعى فيه الاولوية كما اذا ثبت صحة النكاح السفيه بغير اذن الولي فانه لا يستلزم صحة بيعه بدون اذنه او ثبت ان نكاح المفلس بصداق من اعيان امواله صحيح مثلا فانه لا يستلزم القول بصحة بيعه وما نحن فيه من هذا القبيل فلا مسرح للاولوية في مثله واما الاستدلال فلمنع الاولوية ولو ظنا مع قطع النظر عن النص ايضا لان كون النكاح مبنيا على الاحتياط لا ينافي في كون عقده اقل شرطا وان ادعى وضوحه لان التغليظ في سببه الواقعي لا ربط بالاحتياط بل المناسب التوسعة في سببه حفظا للفرج الناس عن الحرام ولذا اريد على النكاح ملك اليمين والمتعة نعم مقتضى الاحتياط والتغليظ في طرقه موضوعا او حكما فاذا شك في شرطية شيء في عقد النكاح فمقتضى الاحتياط الاجتناب حتى يعلم الحال وان لا يعمل فيه بالاصول والطرق الظنية وكذا اذا شك فيه في الشبهات الموضوعية واين هذا

من اثبات المواسعة فى اسبابه واقعا لكونه مبنيا على الاحتياط وجميع ما ورد فى النكاح
من النصوص الناطقة بلزوم الاحتياط فيه جلها او كلها من هذا القبيل وقريب منه
ومن هنا يظهر وجه الاشكال فى النص ايضا لان كون النكاح مبنيا على الاحتياط كما لا يقتضى الضيق
فى سبب النكاح كذلك التوسعة فى سببه والحكم بعدم انعزال الوكيل فى المسئلة مضافا الى ما
من اشكاليه اخرين احدهما ان العامة لم يستدلوا على صحة البيع بالاحتياط فما معنى
قوله والنكاح احرى واحرى بان يحتاط فيه وثانيهما ان مقتضى الاحتياط فى المسئلة
الطلاق او الامضاء دون الحكم بصحة النكاح لان الامر فيه دائر بين المحذورين وما قيل
فى توجيهه من ان المراد امضاء المؤنة دون الصحة ففيه ما عرفت من تصريح الرواية بصحة نكاح
الوكيل من دون اجازة لا تجتمع مع ان هذا اعتراف من الامام بمقالتهم حيث وافقهم فى عدم نفوذ
نكاح الوكيل واحتياجه الى الاجازة هذا ويمكن الذب عن الاشكال الاول بان غرض الامام
ع من الاستدلال بالاحتياط معاوضة دليلهم الذى استدلوا به على صحة بيع الوكيل
بمثله فى النكاح وان كان بطريق الجدل ومن ذكره قصدا على بيان الدليل الصحيح فايدة
المعاوضة التنبيه على فساد ما جعلوه مستندا فى البيع فانهم وان اوردوا على الامام ع بان كون
البيع مشتملا على العوض يقتضى عدم انعزال الوكيل اورد عليهم بان البيع مشتملا على العوض
لا يقتضى عدم الانعزال فان كان لهم دليل اخر مختص بالبيع فعليهم البيان والا بطل الفرق
وثبت الملازمة بين البيع والنكاح فى مسئلة العزل بقاء او ارتفاعا فافهم وعن الثانى بان
الاحرى ليس فيه صيغة تفضيل بل هو مثل الامر ونحوه من الاوصاف والكلام عن الثالث بان الالتزام
بالنكاح وان كان خلافا للاحتياط فى حقها الا ان عدم الالتزام والتزويج من غير
الموكل مظنة الوقوع فى الزنا المحصنة فالاحوط فى حقها اختيار الموكل لا العدول الى غيره
ومنها مصححة الحلبى عن الرجل يشترى ثوبا لم يشترط على صاحبه شيئا فكرهه ثم رده على صاحبه
فابى ان يقبله الا بوضيعة فان قبل فباعه باكثر من ثمنه رد على صاحبه الاول ما زاد فان رده
يقبله

٣ لانه مبنى على الاحتياط لكن عدم انعزال الوكيل او يقال لهم بان كون

على الصاحب

على الصاحب الاول بعد الامالة الفاسدة لا ينطبق الا على صحة الفضولى بالاجازة ومنها
رواية ابن اشيم فى عبد ماذون دفع اليه رجل مالا ليشترى به نسمة ويعتقها ويحج
عن ابيه فاشترى اباه واعتقه ثم تنازع مولى الماذون وورثة الدافع وادعى كل
منهم انه اشتراه بماله ابو جعفر ع يرد المملوك رقا لمولاه واى الفريقين اقاموا
البينة بعد ذلك على انه اشتراه بماله كان رقا له الخبر فلولا كفاية الاشتراء بعين
المال فى تملك المبيع بعد تملك المشترى لاجازة البيع لم يكن بمجرد دعوى الاشتراء
بالمال ولا اقامة البينة عليها كافية فى تملك المبيع وفيه ان المشترى كان ماذونا
من المدعى اما عن الدافع فواضح واما عن مولى الماذون فلان الاذن فى التجارة لعله
كان عاما لشراء العبد فلا مساس للرواية بالفضولى وان عظم ذاكرها ومنها الموثق
عن السمسار يشترى بالاجرة فيدفع اليه الورق فيشترط عليه انك تاتى بما تشترى
فما شئت اخذت وما شئت تركته فذهب ليشترى المتاع فيقول خذ ما رضيت ودع
ما كرهت قال لا باس وتقريب الاستدلال ان السؤال يحتمل وجوها احدها ان
يشترط على السمسار ان يشترى ويشترط على البايع الخيار حتى يسع الدافع الرد او القبول
وثانيها ان يشترط عليه ان يشترى بماله او بذمته حتى يكون بعد الاتيان بالمتاع
مختارا فى الشراء وثالثها ان يشترط عليه ان يشترى بعين الورق حتى يكون مختارا
فى الاجازة والرد ولا ينافيه عدم الاحتياج الى الاشتراط لان احتمال اباء السمسار عن ذلك
كما هو المعهود من علاء الناس يكفى فى الاحتياج الى الاشتراط والتصريح به ولان
لا يتوقع الدلال جعلا لعمله ورابعها المساومة مع صاحب المتاع من غير ايجاب
البيع ومقتضى نفى الباس مع ترك الاستفصال صحة عقد الفضولى لوجوده فى محتملات
السؤال اللهم الا ان يدعى ظهوره فى الاذن فى الشراء بعين الورق او بذمته دافعه فيخرج
عن الفضولى وفيه منع كما فى كتاب الاستاد مد ظله او يدعى اجمال السؤال فى نظرنا

ع مولى العبد
نقاله
ان يامرهم
من جهة

من جهة تعارض نقراته لان ظاهر الشراء هو البيع وظاهر تركت واخذت المسلومة من دون
ايجاب وقبول ولما كان لا انسب ان يقول فسخنا ورددت فلا يأتي ترك الاستفصا
فيرد فيه ان اجمال القول السؤال لا ينافي ترك الاستفصال وانما ينافي ظهوره في وجه دون وجه ينافي ص
لان شرط جريانه ان لا يكون للسؤال ظهور في شئ سواء كان الاجمال لكونه سؤالا عن قضية
واقعة او لتعارض ما في عبارة السؤال من الظواهر فهي من هذه الجهة سليمة عن المناقشة
لكن لا بد من ضم ما ذكرنا والا لاتجه ان يقال الاشتراط قرينة على ارادة غير الفضولي لان في توجيه اخذ الاجرة م
المالك مخير في الفضولي بين الاجازة والرد اشترطه على الدلال ام لا فلا حاجة الى
اشتراطه ومع ذلك ففي الاستدلال والتأييد به منع واضح كما السابق لقيام القرينة
القطعية على خروج الفضولي عن محتملاته لانه اما اذنه في الشراء بالعين ام لا على التقدير
ليس من الفضولي اما على الاذن فواضح فيتعين الاحتمال الثلثة وكذا لو اذنه في الشراء
بالعين ام لا على التقديرين ليس من الفضولي اما على الاذن فواضح بذمته واما
مع عدمه فكيف يشترط الخيار فيما لم يأذن فالفضولي خارج من محتملات السؤال
قطعا نعم لو اجتمع الاذن مع الفضولي بان يصرح ويقول اشتر بعين الورق على وجه
يكون فضوليا تم الاستدلال لكنه كما ترى ومنها ما ورد ان عقيلا قد باع بمكة دار النبي صلى الله عليه وآله
ثم واجوه فاجازه وغير ذلك مما يطلع عليه المتدرب المتتبع في الاخبار وقد يستدل
او سيأتي ببيع المكره اذا اجيز بعد العقد فانه دليل على عدم مقارنة الرضا ولكنه
انما يكون اذا كان البحث في مقارنة الرضاء ولو كان في اشتراط مباشرة المالك كما عرفت
انه احد وجهي الاشكال في المسئلة لم ينفع كما لا يخفى وقد يستدل او سيأتي له بموارد
من الفقه تعرف منها ما ذكره في كتاب الزكوة انه لو اتجر غير الولي بمال الطفل غير الملي او
المتبرع كان ضامنا والربح للطفل مع اجازة الولي كما عن الشهيد وجماعة ممن تأخر او بدونها
كما عن جماعة ممن تقدم فانه على الاول دليل واضح على المسئلة بعد الغاء الفضو

وتنقيح للمناط وعلى الثاني مؤيد لها حيث يدل على سقوط شرط المباشرة ممن له العقد
ورضائه بالعقد في الجملة ومنها الشراء ممن لا يخمس وتحليل الخمس للناس بعد تصرفهم فيه
وعدم رضائهم فانه ايضا لا يكون الا من الفضولي لان اجازة المالك وهو الامام ع ومنها التصدق
بمجهول المالك كاللقطة وغيرها على القول بتوقفها على اجازة المالك لو ظهر فلو لم يجز استرجع العين
مع بقائها وعلى القول بعدم التوقف وان عدم المالك يكون مؤيدا وفيه وفي سابقه نظر لحصول
السابق لوقوع الشراء بغير المالك فكيف يكون من الفضولي فليس الا الملك التقديري الكاشف
عن اباحة الامام ع للمستاجر والساكن والناكح ومنها صحة نكاح العبد اذا اجاز المولى فانه
ايضا من الفضولي بناء على تفسير الشهيد ره من انه الكامل غير المالك للتصرف وربما يستدل
ويستأنى بما في اخبارهم من التعليل بانه لم يعص الله وانما عصى سيده اذ المراد بالمعصية
ارتكاب الغير المأذون فيه كما تقرر في محله فيكون مفاد التعليل ان عدم اذن من يتوقف
صحة العقد على اذنه ان كان لا يرجى زواله وقع العقد باطلا وان كان متزلزلا محتملا لا مرجح
الزوال دار مدار او تفاؤه وحصول الاذن ومتى حصل صح العقد هذه ادلة الجواز وهي اما
مفيدة للعلم او تكون من الظن في المسئلة الفقهية واما على القول بالمنع فاستدل
له بالادلة الاربعة الاول الكتاب وهو قوله تع في سورة النساء يا ايها الذين امنوا لا تاكلوا
اموالكم بينكم بالباطل الا ان يكون تجارة عن تراض الاية دل بالمستثنى منه والمستثنى على
المنع اما الاول فلان عقد الفضولي شئ باطل قد نهى الله عنه لاكل بسبب شئ باطل وفي
كونه باطلا انه اما حرام كما ادعى جماعة حيث زعموا انه تصرف في مال الغير او دخول فيما لم يجعل
الله له الدخول فيه واما الثاني فلانه يدل على انحصار سبب الحل في التجارة عن تراض وعقد
الفضولي ليس تجارة عن تراض كما لا يخفى ولا الاجازة اللاحقة كما صرح به المفسرون يشهد
به العرف هو البيع او كل عقد معاوضة واجيب اولا بان الاية لا تدل على الحصر لان الاستثناء
منقطع كما هو واضح وصرح به المفسرون فالمعنى ان اكل المال بالباطل حرام او بالتجارة

عن تراضي حلال ولو استند في اثبات الحصر الى مفهوم القيد الوارد في مقام التحديد والبيان لسبب الحل والحرام ففيه ان القيد خارج مخرج الغالب كالربائب في قوله تعم وربائبكم اللاتي في حجوركم فيكون مستدركا غير مقصود به شئ من الاحتراز كانه قال الا ان تكون تجارة عن تراضي وثانيا ان الاستدلال مبني على رفع تجارة على ان تكون تامة فلكن تراضي قيدا لها كما هو قراءة الكوفيين فعلى قراءة النصب كما عليه غيرهم لا يدل على الحصر لابد الاحتمال ان يكون خبرا بعد خبر فالمعنى الا ان يكون بسبب الاكل تجارة ويكون عن تراضي فلا تقيد التجارة حتى يدل على خروج عقد الفضولي لكونه تجارة لا عن تراضي بل اقصى ما تدل عليه ثم انه لابد في المسبب المحلل امران التجارة والرضا وكلاهما موجودان بعد الاجازة لانه لابد من تجارة مخصوصة وهي المعتبر بكونها عن تراضي كما على تقرير الرفع وثالثا انه بعد الاجازة يتصف العقد بالتراضي فيكون تجارة عن تراضي على فرض القيد ايضا ولكن هذه الاجوبة كلها مدفوعة اما الاول فلان الاستثناء المنقطع خلاف الاصل لا يرتكبه المتكلم خصوصا الفصيح الا لفائدة وليست هي هنا الا الدلالة على الحصر فكانه قال انما علة التجارة سبب باطل لا يحل اكل المال به نعم لو كان وجه الحصر هو مفهوم القيد في مقام التحديد والسكوت في مقام البيان اتجه عليه المنع لما مر من خروجه مخرج الغالب واما ثانيا فلان جميع القراءات معتبرة في مقام الاستدلال كما تقرر في الاصول بناء على تواتر القراءات والقراءة السبع او كونها بمنزلة المتواتر بحكم الاجماع فيستدل بها على قراءة الرفع وهي التي تكلموا لانطباقها على الكف فافهم واما الثالث فلانه شطط لانعقاد لان العقد حال الاجازة لا عن تراضي ثم الاولى انه يجاب مع المساعدة على الحصر كما هو الظ وتسليم عدم اتصاف العقد بعد الاجازة بالتجارة عن تراضي بان نفس الاجازة تجارة عن تراضي لان الرضا بالتجارة والالتزام بمفادها تجارة وان ابيت عن ذلك فلا اشكال في كون القبض والاقباض المتفرعين عليها تكسبا وتجارة عرفا وتفسيرها

بالعقد

يا معين بالله تعم

بالعقد وبالبيع لا يدل على عدم حصولها بالفعل والا لم يكن المعاطاة تجارة بل الظ انها عبارة عن كل ما يكتسب به بالاية على صحة العقد الفضولي وان كان فيه تامل هذا كله بناء على الاستدلال بالحصر المستفاد من الاستثناء المستثنى دون غيره واما الاستدلال بالمستثنى منه بناء على كون عقد الفضولي باطلا ففيه ان الباء في بالباطل سببية والمتبادر منها هو السبب الفعلي للترتب عليه الاثر كالمنهي عنه هو الاكل بسبب عقد الفضولي حينما هو ونحن نقول به وندعي انه جزء السبب المحلل والجزء الاخير هو الرضا المتاخر ولا دلالة للاية على لغوية الصيغة المجردة وعدم صلاحيتها لان تكون جزءا للعلة كما هو مقصود المانعين مع ان كونه باطلا اول الكلام سواء اريد به الحرام او الفاسد الذي لا يفيد شيئا واما الاول مبني على كونه تصرفا في مال الغير وتسعر فانه الكلام ممنوع مصادرة والصحة الثاني السنة منها النبوي المستفيض لا تبع ما ليس عندك قاله لحكيم ابن حزام حين سال ان يبيع الشئ فيمضي ليشتريه ويسلمه والجواب ان البيع المنهي عنه هو البيع لنفسه على حد بيع سائر املاكه ولا اشكال في فساده مط حتى مع الاجازة بمعنى عدم ترتب اثر العقود وهو تملك البايع للثمن عليه نعم لو ملكه بعد البيع واجاز ففي صحته اشكال ياتي فيمن باع ثم ملك كما هو مورد الرواية فيكون دليلا على الفساد كما هو المشهور في تلك المسئلة وممن قال بالصحة حمل النهي على الارشاد والتنزيه او شئ اخر فعلى القولين لا حجة فيها واحتمال تعلق النهي باجراء الصيغة ولو للمالك مضافا الى بعده لا يناسب المورد ولذا حمل في الرياض وفاقا للمحكي عن التذكرة على تلك المسئلة والتزاما بالوجوب وقد يجاب بان المتبادر من البيع هو المنجز الغير المحتاج الى الاجازة فلا يتوجه النهي الى الفضولي وفيه اولا ان المجيب ممن يدعي السيرة على جواز الفضولي ومع هذه الدعوى كيف يسلم الدعوى لا انصراف الى المنجز وفيه ثانيا ان النهي يتوجه الى بيع ما ليس عند البايع على حد البيع فيما عنده ويؤيده المورد الذي ايضا هو على نحو الاستقلال والمنجز ومنها نبوي اخر لا طلاق الا فيما يملك ولا عتق الا فيما يملك ولا بيع الا فيما يملك والجواب عنه ايضا مثل ما سبق فان

المتبادر من النهي ولو بقرينة الاستثناء ضرورة مساواة المستثنى منه والمستثنى والا لزوم الا
نقطاع المخالف للاصل هو لنفسه اذ لو كان البيع في غير ما يملك بيعا لغير البايع وفيما يملك للزم
التفكيك الموجب للانقطاع ولا اشكال في فساده وعدم ترتب الاثر المقصود عليه ولو بعد
الاجازة ويزيد هنا احتمال كون المراد بما يملك الاحتراز عن المباحات وامثالها مما ليس بمملوك
شرعا او ليس بمقدور التسليم وهو من الاحرار والبضع الغير المملوكة بالنكاح وفيه ضعف
واضعف منه ما في كنز العرفان من حمله على نفي اللزوم دون الصحة فانه جيد في نفسه لكن
بجامع انسباق البيع لنفسه منه الا ان ما ثانيه باطل الا انه صحيح غير لازم كما مر واضعف منهما
ما فيه من عدم اقتضاء النهي الفساد ما عن التذكرة ايضا عن كشف الرموز بناء المسئلة على ذلك في
فساد او صحة وفيه ان النهي هنا يقتضي الفساد عند الكل او الجل لتعلقه بذات المعاملة لا بامر منا
مصادف او مقارن واضعف من الكل هو القول بان بيع الفضولي بيع في ملك لان البايع هو المالك
بعد الاجازة ومنها المروي عن توقيع الهادي ع الى الصفار قال كتب الى ابي الحسن ع في رجل باع
قرية وانما له فيها قطاع ارضين فهل يصلح للمشتري ذلك وقد اقر له بكلها فوقع ع لا يجوز بيع
ما ليس عندك وقد وجب الشراء على ما يملك واجيب بان ظاهره نفي اللزوم بقرينة ايجاب البيع
على ما يملك وفيه ما عرفته من منافاته لما مر فيه الذي هو البيع لنفسه فانه باطل لا يترتب عليه الاثر المقصود
ولو مع الاجازة واما ايجاب البيع فيما يملك فالغرض منه بيان تبعض الصفقة فلا ينافي ابقاء
نفي الجواز على ظاهره ويتلوه في الضعف حمله على البيع المتعارف المقرون بالقبض فانه غير جائز على
جميع المذاهب ووجه الضعف هو البيع لنفسه كبيع الغاصب بما هو هو بعينه ولا اشكال في فساده
بمعنى عدم ترتب الاثر المقصود عليه مط ولا دلالة فيه على لغوية الصيغة وعدم تاثيرها مط
ولو باع بقصد المالك رجاء للاجازة ولو قلنا بدلالته على ذلك لم يتجه ايضا الحمل المذكور لان
ارجاع النهي الى ما هو خارج عن حقيقة المنهي عنه مع قبحه وركاكته في نفسه محتاج الى القرينة
المقصودة في المقام بل القرينة على خلافه اذ بعد التسليم تعلق النهي بالبيع مط ولو للمالك

فالمتبادر

فالمتبادر منه نفي اللزوم والاستقرار دون المتضمن للقبض والاقباض ومنها التوقيع المروي
عن الاحتجاج في السؤال عن ضيعة للسلطان فيها حصة مغصوبة فهل يجوز شراؤها من السلطان
ام لا فاجاب ع لا يجوز ابتياعها الا من مالكها او بامره او برضا منه واجيب بان مقتضاه بطلان
البيع الفاقد لرضا المالك واما وهنا لا اشكال فيه اذ الكلام في صحته مع الرضا المتأخر
وفيه ان قرينة الاقتران بالامر قاضية بارادة الرضا السابق حتى يكون الابتياع صادرا عن الرضا
فيدل بمقتضى الحصر على عدم جواز غيره فالاولى ان يجاب بما في كنز العرفان من توجه النفي الى
اللزوم وهو المتبادر من الجواز اي النفوذ فان المشتري ليس بنافذ بل موقوف على عدم
تحقق الموقوف عليه فالمراد ان الشراء من غير اجازة ورضا المالك غير جائز اي غير نافذ
وهو مساق لنفي اللزوم ومنها مصحح محمد ابن قاسم ابن فضل سألت ابا الحسن الاول ع عن رجل
اشترى من امرأة من ال فلان بعض قطايعهم وكتب عليها كتابا بانها قد قبضت المال
ولم يقبض فيعطيها المال او منعها اشد المنع فانها باعت ما لا تملك وفيه انها لا تدل الا على
عدم جواز دفع الثمن وهو مما لا كلام فيه بل يمكن الاستدلال او الاستيناس منه على صحة العقد
اما على القول بان البيع اسم للصحيح فواضح واما على القول بالاعم فللتقرير الدال على صحة البيع
وتوقفها على رضا المالك ومنها الاخبار الواردة في المنع من شراء السرقة والخيانة وكذلك
الجارية المسروقة اذا اشتراها من السارق ونحو ذلك واجيب بانها ظاهرة او صريحة
في صورة رضا المالك وتنفيذ البيع الواقع فلا وجه للاحتجاج بها كما عن الحدائق
فضلا عن المباحثات بالعثور عليها حيث خفيت على الاصحاب قلت لا يخفى في الجواب من البعد
والاولى ان يجاب بما وصفنا في الاخبار السابقة اعني الحمل على التضمن لترتيب الاثر فانه
هنا جيد ودونها الثالث الاجماع ادعاه في محكي الخلاف مع الاعتراف بان الصحة
مذهب قوم من اصحابنا وكفى بهذا ردا وادعاه ايضا في محكي الغنية وعن الحلي
في باب المضاربة نفي الخلاف في بطلان شراء الغاصب بعين المغصوب والجواب الاعتضاد بما

في الصحة لا الإجماع المنقول خصوصا اجماعا القدماء سيما بعد مخالفة المدعي في اخرى مصنفاته وهو الشيخ في محكي النهاية ان اعتبار الاجماع المنقول لا يزيد عن اعتبار الخبر الصحيح ومع مخالفة جل القدماء وقاطبة المتاخرين لا اشاذ لا اعتداد به ... حكم العقل بقبح التصرف في مال الغير الا باذنه فعن التوقيع المروي عن الاحتجاج لا يجوز لاحد ان يتصرف في مال الغير الا باذنه وبيع مال الغير تصرف فيه عرفا والجواب منع كون اجراء الصيغة على مال الغير تصرفا فيه عرفا ولا شرعا نعم لو كان ذلك سببا لتسلط المشتري على البيع فهو الجاري في شراء الامراء من الضعفاء والسفلة اموال الناس التي تحت ايديهم قصورا او تقصيرا فيعد حرمة البيع للتسبيب لا لكونه تصرفا في مال الغير على اشكال فيه ايضا بل منع بمشاء من استيفاء التسبيب الحقيقية وكذا يجوز لو قصد البائع لنفسه مع قصد ترتيب الاثر من الاقباض والقبض كالغاصب بناء على حرمة مقدمة الحرام المقرونة بالعقد للتجري او لذاته لكن مثل هذا النهي لا يقتضي فساد قولا واحدا والعجب ان السيوري في كنز العرفان بعد نقل النهي عن بيع ما لا يملك اجاب بان النهي لا يقتضي الفساد وكذا غير واحد ممن تقدم عليه او تاخر فان هذا النهي لا اشكال في اقتضائه لكونه متعلقا بالمعاملة لذاتها فيكون ارشاديا كاشفا عن فساده والذي لا يقتضي الفساد هو الذي ذكرنا بان ثبت حرمة بكون الصيغة تصرفا في مال الغير او مستلزما للتصرف او نحو ذلك مما يرجع الى عنادين خارجين ثم ان ما عن الاخيرين على تقدير تماميته لا يقابل ادلة الصحة لكون النسبة بينهما عموما وخصوصا مطلقا وقد يستدل للمنع بان القدرة على التسليم التي هي شرط في صحة العقد مفقودة في المقام لعدم تسلط الفضولي على رضاء المالك ويضعف بعد النقض عليه من كونه اخص من المدعى اذ يمكن فرض صحة صورة يقدر فيها على ارضائه قطعا بانها ليس من شروط المامور بالوفاء وهو المالك انه لا يتم فيما لو كان المبيع بيد المشتري فان التسليم المعتبر في المعاوضة حاصل هنا واما التسلط على التصرف فهو موقوف على ابطال

سائر الشروط

سائر الشروط والاجزاء ومثله في الضعف والاستدلال بان الفضولي غير قاصد كالغي للث وفيه انه ان اريد بالقصد قصد مدلول اللفظ فلا ريب في انه حاصل والا لم يبع النكاح الفضولي للاجماع على اشتراط كل النكاح بقصد مضمونه المقام

في ذكر ما استشكل في صحة الفروع بعد الفراغ عن صحة الفضولي وفيه مسائل

لا فرق في صحته بين سبق المنع وعدمه على المنسوب في المشهور وحكي عن بعض اشتراط عدم سبق النهي وعن التذكرة بطلان نكاح العبد مع سبق النهي وباقي مثله في غيره النكاح ايضا وعن المحقق الثاني ترجيح فساد بيع الغاصب بان الغصب قرينة دالة على عدم الرضاء ومقتضاه البطلان مع النهي بطريق اولى وقد يستدل له بالخاص حديث العروة الذي هو اعتماد القوم في المسألة بصورة عدم النهي وبان المنع يستمر الى بعد العقد فيكون نفي الاذن المتاخر منه رداله فلا ينفع الاجازة بعد ذلك بناء على كفاية عدم الرضاء باطنا في الرد ويدل عليه ان الموكل اذا حلف على عدم الاذن المدعى عليه انفسخ العقد لان الحلف امارة على عدم الرضاء كما عن بعض والجواب ان فيما عدا حديث العروة كفاية فانها عامة لا اختصاص لها بغير المنهي عنه خصوصا وهو صالح بل بعضها ظاهر في المنع كاخبار المضاربة بل قيل انها صريحة فيه للنهي فيها وردت في تعدي العامل عما امره رب المال وفيه نظر نعم دعوى الظهور غير بعيدة لان تعيين الجهة في السفر غالبا لا يكون الا مع الكراهة من غيره وهو للمنع سواء اذ لا اثر للمنع سوى الكشف عن عدم الرضاء ويمكن دعوى الظهور ايضا في رواية الاتجار بالوديعة فانها شهادة الحال قاضية بعدم الرضاء مع قصد الخيانة كما هو المفروض في الرواية بل هي صريحة في الكراهة جدا ويدل على الصحة جملة مما ياتي من الادلة على صحة بيع الغاصب لنفسه واما كون استمرار المنع الى بعد العقد ردا له بناء على كفاية عدم الرضاء في الرد ففيه منع المبنى عليه اذ لا دليل على كون عدم الرضاء ردا كما مر

به الشهيد فيما عزي اليه ولفلاد ليلا على كون الكراهة ايضا في حكم الرد بل مقتضى الادلة
سببية العقد المقرون بالرضا في احد الازمنة بل مقتضاه ان الاجازة بعد الرد كالاجازة
في بيع المكره الا ان الرد له حكم تعبدي ثابت بالاجماع فمقتضى القاعدة ان يكون الرد مثل
اسقاط حق الرجوع في الهبة مع عدم افادته شيئا بعدما كان سببية العقد من الاحكام
الثالثة لا فرق بين ان يقصد العاقد وقوع البيع لنفسه او للمالك بلا خلاف ظاهر مع
بعدم العثور على الخلاف بعض المحققين لكن ظاهر الرياض فساده ونسبه الى الجماعة
منهم العلامة في التذكرة وقال بعض المحققين في رده انه اشتباه منه لان الذي ذهب
اليه الجماعة الى فساده هو ان يبيع لنفسه ثم يذهب ويشتري من المالك فانه فاسد بمعنى
عدم كفاية الشراء في صحة هذا البيع ووقوعه للبايع وبه ورد خبر حكيم بن خزام والظاهر انه
مسلم عند الكل او الجل وهذا غير القول بفساد البيع لنفسه حتى في غير الصورة المفروضة بان
بيع لنفسه ثم اجازه المالك لنفسه لا للبايع وهو جيد ويحتمل على بعد موافقة السيد لهم
بارجاع كلامه الى ما ذكرنا وكيف كان فالاقوى هو الاول لوجود المقتضي وعدم المانع اما الاول
فلعموم ادلة الصحة واما الثاني فلفساد ما زعموه مانعا ويمكن الاستدلال عليه بخصوص
خبر الوديعة اذ لا ريب ان الودعي باعه لنفسه ثم ندم وتاب وكذا بصحيحة الحلبي عن الصادق
في رجل اسلفته طعاما فلما حل طعامي عليه بعث الي دراهم فقال اشتر لنفسك طعاما
واستوف حقك فقال ارى ان يولي ذلك غيرك الحديث ومثله غيره في صحة الشراء
ولا ينافي ذلك المنع من مباشرة الرجل الدين مستقلا فانه لدفع التهمة والخيانة كما لا يخفى
لكن الاصحاب حملوها على ما قصد الشراء وكالة وبه ينافي ذلك المنع عن مباشرة الرجل
الدين مستقلا فانه لدفع التهمة للدافع وانه لو قصد لنفسه كان باطلا لكنه لا يضرنا
لان المراد البطلان عبارة عن عدم وقوعه للمشتري وسيأتي توضيحه في الدليل الثالث
على الفساد واستدل عليه بوجوه احدها ان هذا هو القدر المتيقن من الاخبار

الناهية

لو باع لنفسه

الناهية عن بيع ما ليس عنده والنافية للبيع في غير الملك والناهية عن شراء
السرقة والخيانة وغيرها من الاخبار المذكورة فلا بد من الحكم بفساده جمعا بينها وبين
ادلة الجواز خصوصا العمومات وفيه ان غير واحد من الاخبار المجوزة كخبر الوديعة وخبر
الوليد على اظهر الاحتمالين ظاهرة بل صريحة في صحة البيع ايضا مضافا الى العمومات
والجمع بينها لا ينحصر في الطريق المذكور لكون ذلك خروجا عن الصحيح بل الظاهر
عكس ما ذكره بل لا بد من حمل الاخبار المانعة على نفي اللزوم او على نفي ترتيب الاثر
المقصود مطلقا ولو بعد الاجازة على الاحتمالات المذكورة في الجواب عنها وقد مر ايضا
ان الارجح هو الاخير وثانيها انه لنفسه قاصد لخروج المبيع عن نفسه ولتملك
الثمن وقع المقصودين او احدهما يخرج البيع عن قابلية الاجازة لامتناع كل من
المقصودين واستحالة نفوذ الاجازة في الممنوع واجيب عن الاول بان تعين المنتقل
منه غير لازم في صيغة البيع فوجوده وعدمه سيان في صحته فاذا عين فان طابق الواقع
والا كان لغوا مستدركا لا يضر ولا ينفع قاله بعض المحققين وهو وجيه لكن الاوجه
هو منع الصغرى لان البايع غير قاصد للخروج عن ملكه مطلقا ولو كان ملكا كمن يكون
عن غيره نعم قصد البيع قصد لاخراجه عن ملك مالكه ضمنا لا اصالة وهو مطرد
حتى فيما اذا قصد الفضولي لنفسه لان البيع لا يتصور الا بعد تنزيل البايع
نفسه بمنزلة المالك كالحقيقة الادعائية كما افاده الاستاد في بعض الا
انه غير لازم او غيره متضح كما يأتي بل لان القصد الى نقل شيء يفيد قهرا انقله
عن موضعه بحيث يستحيل خلافه فاذا قصد عن نفسه فقد قصد ملكا واقعيا
له فافهم واجيب عن الثاني ايضا بالمنع كما قلنا اذ لا يعتبر في مفهوم البيع قصد
البايع لتملك الثمن فلو باع المالك ذاهلا عن تملك الثمن فقد حصل البيع
لان حقيقة البيع هو مبادلة مال بمال وهذا لا يتضمن القصد الى تملك الثمن

اصالة

في الصحة كالاجماع المنقول خصوصا اجماعات القدماء سيما بعد مخالفة المدعي في اخر صفقاته
وهو الشيخ في محكي النهاية ان اعتبار الاجماع المنقول لا يزيد عن اعتبار الخبر الصحيح ومع
مخالفة جل القدماء وقاطبة المتأخرين الا الشاذ لا اعتداد به ... حكم العقل بقبح التصرف
في مال الغير الا باذنه فعن التوقيع المروي عن الاحتجاج لا يجوز لاحد ان يتصرف في مال
الغير الا باذنه وبيع مال الغير تصرف فيه عرفا والجواب منع كون اجراء الصيغة على مال الغير تصرفا
فيه لا عرفا ولا شرعا نعم لو كان ذلك سببا لتسلط المشتري على البيع نحو ما في شراء الامراء من
الفقراء والسفلة اموال الناس التي تحت ايديهم غصوبا او تقصير البر سعيد حرمة البيع
للتسبيب لا لكونه تصرفا في مال الغير على اشكال فيه ايضا بل منع ينشأ من استيفاء السببية
الحقيقية وكذا يحرم لو قصد البائع لنفسه مع قصد ترتيب الاثر من الاقباض والقبض
كالغاصب بناء على حرمة مقدمة الحرام المقرونة بالقصد للتجري او لذاته لكن مثل هذا
النهي لا يقتضي فساد المعاملة قولا واحدا والعجب ان السيوري في كنز العرفان بعد نقل النهي عن
بيع ما لا يملك اجاب بان النهي لا يقتضي الفساد وكذا غير واحد ممن تقدم عليه او تأخر
فان هذا النهي لا اشكال في انتفائه لكونه متعلقا بالمعاملة لذاتها فيكون ارشاديا كاشفا
عن فسادها والذي لا يقتضي الفساد هو الذي ذكرنا بان ثبت حرمته بكون
الصيغة تصرفا في ذلك الغير او مستلزما للتصرف او نحو ذلك مما يرجع الى عناوين خارجية
ثم ان ما عن الاخيرين على تقدير تماميته لا يقابل ادلة الصحة لكون النسبة بينهما عموما
وخصوصا مطلقا وقد يستدل للمنع بان القدرة على التسليم التي هي شرط في صحة العقد
مفقود في المقام لعدم تسلط الفضولي على رضاء المالك ويضعف بعد الغض عما فيه
من كونه اخص من المدعي اذ يمكن فرض صحة صورة يقدر فيها على رضائه قطعا بانها ليس
من شروط المأمور بالوفاء وهو المالك وايضا لا يتم فيما لو كان المبيع بيد المشتري فان
التسليم المعتبر في المعاوضة حاصل هنا واما التسلط على التصرف فهو موقوف على ابطال

سائر الشروط

سائر الشروط والاجزاء ومثله في الضعف والاستدلال بان الفضولي غير قاصد كما عن
لك وفيه انه ان اريد بالقصد قصد مدلول اللفظ فلا ريب في انه حاصل والا لم يصح
النكاح الفضولي للاجماع على اشتراط النكاح بقصد مضمونه المقام
في ذكر ما استشكل في صحته من الفروع بعد الفراغ عن صحة الفضولي وفيه مسائل الاولى
لا فرق في صحته بين سبق المنع وعدمه على المنسوب في المشهور وحكي عن بعض اشتراط
عدم سبق النهي وعن التذكرة بطلان نكاح العبد مع سبق النهي وباقي مثله في غير
النكاح ايضا وعن المحقق الثاني ترجيح فساد بيع الغاصب بان الغصب قرينة
دالة على عدم الرضا ومقتضاه البطلان مع النهي بطريق اولى وقد يستدل له بما في
حديث العروة الذي هو اعتماد القوم في المسألة بصورة عدم النهي وبان المنع يستمر الى بعد
العقد فيكون نفي الاذن المتأخر منه ردا له فلا ينفع الاجازة بعد ذلك بناء على كفاية عدم
الرضا باطنا في الرد ويدل عليه ان الموكل اذا حلف على عدم الاذن المدعى عليه انفسخ
العقد لان الحلف امارة على عدم الرضا كما عن بعض والجواب ان فيما عدا حديث
العروة كفاية فانها عامة لا اختصاص لها بغير المنهي عنه خصوصا مع ظهور تماما بل بعضها ظاهر
في المنع لاخبار المضاربة بل قيل انها صريحة فيه لانها وردت في تعدي العامل عما نهاه
رب المال وفيه نظر نعم دعوى الظهور غير بعيدة لان تعيين الجهة في السفر
غالبا لا يكون الا مع الكراهة من غيره وهو المنع سواء اذ لا اثر للمنع سوى الكشف
عن عدم الرضا ويمكن دعوى الظهور ايضا في رواية الاتجار بالوديعة فانها
شهادة الحال قاضية بعدم الرضا مع قصد الخيانة كما هو المفروض في الرواية
بل هي صريحة في الكراهة جدا ويدل على الصحة جل ما يأتي من الادلة على
صحة بيع الغاصب لنفسه واما كون استمرار المنع الى بعد العقد ردا له بناء على كفاية
عدم الرضا في الرد ففيه منع المبني عليه اذ لا دليل على كون عدم الرضا ردا كما مر

به الشهيد فيما عزى اليه ولفلاد ليلا على كون الكراهة ايظ فى حكم الرد بل مقتضى الادلة
سببية العقد المقرون بالرضا فى احد الازمنة بل مقتضاه ان الاجازة بعد الرد كالاجازة
فى بيع المكره الا ان الرد له حكم تعبدى ثابت بالاجماع فمقتضى القاعدة ان يكون الرد مثل
اسقاط حق الرجوع فى الهبة مع عدم افادته شيئا بعدما كان سببية العقد من الاحكام
لا فرق بين ان يقصد العاقد وقوع البيع لنفسه او للمالك بلا خلاف ظاهر
بعدم العثور على الخلاف بعض المحققين لكن ظاهر الرياض فساده ونسبه الى جماعة
منهم العلامة فى التذكرة وقال بعض المحققين فى رده انه اشتباه منه لان الذى ذهب
اليه الجماعة الى فساده هو ان يبيع لنفسه ثم يذهب ويشترى من المالك فانه فاسد بمعنى
عدم كفاية الشراء فى صحة هذا البيع ووقوعه للبايع وبه ورد خبر حكيم ابن حزام والظاهر انه
سلم عند الكل او الجل وهذا غير القول بفساد البيع لنفسه حتى فى غير الصورة المفروضة بان
بيع لنفسه ثم اجازه المالك لنفسه لا للبايع وهو جيد ويحتمل على بعد موافقة السيد له
بارجاع كلامه الى ما ذكرنا وكيف كان فالاقوى هو الثانى لوجود المقتضى وعدم المانع اما الاول
فلعموم ادلة الصحة واما الثانى فلفساد ما زعموه مانعا ويمكن الاستدلال عليه بخصوص
خبر الوديعة اذ لا ريب ان الودعى باعه لنفسه ثم ندم وتاب وكذا بصحيحة الحلبى عن الرجل
فى رجل اسلفته طعاما فلما حل طعامى عليه بعث الى دراهم فقال اشتر لنفسك طعاما
واستوف حقك فقال ارى ان يولى ذلك غيرك الحديث ومثله غيره فى صحة الشراء
ولا ينافى ذلك المنع من مباشرة الرجل الدين مستقلا فانه لدفع التهمة والخيانة كما نراه
لكن الاصحاب حملوها على ما قصد الشراء وكذا به ينافى ذلك المنع من مباشرة الرجل
الدين مستقلا فانه لدفع التهمة للدافع وانه لو قصد لنفسه كان باطلا لكنه لا يضرنا
لان المراد البطلان عبارة عن عدم وقوعه للمشترى وسيأتى توضيحه فى الدليل الثالث
على الفساد واستدل عليه بوجوه احدها ان هذا هو القدر المتيقن من الاخبار
الناهية

الناهية عن بيع ما ليس عنده والنافية للبيع فى غير ملك والناهية عن شراء
السرقة والخيانة وغيرها من الاخبار المذكورة فلا بد من الحكم بفسادهما جمعا بينها وبين
ادلة الجواز خصوصا العمومات وفيه ان غير واحد من الاخبار المجوزة كخبر الوديعة وخبر
الوليد على اظهر الاحتمالين ظاهرة بل صريحة فى صحة البيع ايضا مضافا الى العمومات
والجمع بينها لا يتيسر الا بالطريق المذكور لكون ذلك خروجا عن الصحيح بل الظاهر
عكس ما اشتهر بل لا بد من حمل الاخبار المانعة على نفى اللزوم او على نفى ترتيب الاثر
للمقصود مطلقا ولو بعد الاجازة على الاحتمالات المذكورة فى الجواب عنها وقد مر انه
ان الاوجه هو الاخير هو وثانيها انه قاصد لخروج المبيع عن نفسه ولتملك
الثمن ومع الخصوصين او احدهما يخرج البيع عن قابلية الاجازة لامتناع كل من
الخصوصين واستحالة نفوذ الاجازة فى الممنوع واجيب عن الاول بان تعيين المنتقل
منه غير لازم فى صيغة البيع فوجوده وعدمه سيان فى صحته فاذا اعين فان طابق الواقع
والا كان لغوا مستندا الا يضر ولا ينفع قاله بعض المحققين وهو وجيه لكن الاولى
هو منع الصغرى لان البايع غير قاصد للخروج عن ملكه مطلقا ولو كان ملكا لكشف
عن غيره نعم قصد البيع قصد لاخراجه عن ملك مالكه ضمنا لا اصالة وهو مطرد
حتى فيما اذا قصد الفضولى لنفسه لا ان البيع لا يتصور الا بعد تنزيل البايع
نفسه بمنزلة المالك كالحقيقة الادعائية كما افاده الاستاد قده فى بعض الا
كلامية لانه غير لازم او غير متضح كما يأتى بل لان القصد الى نقل شئ يفيد قهرا نقله
عن موضعه بحيث يستحيل خلافه فاذا قصد عن نفسه فقد قصد ملكا واقعية
انما فهم واجيب عن الثانى ايضا بالمنع كما قلنا اذ لا يعتبر فى مفهوم البيع قصد
البايع لتملك الثمن فلو باع المالك ذاهلا عن تملك الثمن فقد حصل البيع
لان حقيقة البيع هو مبادلة مال بمال وهذا لا يتضمن القصد الى تملك الثمن

اصالة بل يستلزمه اذ لا ان مالك لا مطلقا وفيه ان القصد الى البيع وان لم يستلزم القصد الى تملك الثمن الا ان لبيع لنفسه مقرونا بذلك القصد قطعا ومعه يمنع تاثير الاجازة
ولا اولى ان يجاب بان الاجازة لا مانع من تعلقها بالبيع مع تلك الخصوصية غاية الامر
عدم تاثيرها الا في صحته مجردا عنها ولا ضير فيه بعد ما كانت الخصوصية شيئا مستدركا
خارجا عن حقيقة البيع هذا مع ان تملك الثمن يجرى مجرى الداعى لايقاع البيع لا انه
من خصوصيات الانشاء او من خصوصيات العوضين الا ترى انه لا تجد فرقا بين ايجاب
الوكيل واما المنشى المدلول فى المدلول وان اختلف فى الداعى ومما قررنا يندفع تقرير
الاشكال بوجه اخر قريب مما ذكر وهو ان المجاز غير الواقع غير مجاز وان اختلف
فى الداعى وقررنا يندفع تقرير الاشكال بوجه اخر قريب مما ذكر وهو ان المجاز غير واقع
فلو حصل النقل بالاجازة لزم القول بانها بيع كما عن كشف الرموز وبان ضعفه وتوضيح
الاندفاع انا لا نمنع الثانى لان المجاز انما هو الواقع لكن لا يفيد الاجازة صحته
بوصف الخصوصية الزائدة عن حقيقته ولا نقول ان الاجازة انما تعلق بمجرد
عن الخصوصية لكونها مستدركة كيف ولا تميز بينها فى الخارج حتى ينفك بينهما
فتعلق الاجازة بل نقول انه لا تاثير لها الا فى صحة حقيقة البيع التى هى المبادلة
ودخول كل من العوضين فى ملك من خرج منه الاخر بدون ما تضمنه من الخصوصية
الزائدة وعن المحقق القمى ره الجواب عن الشبهة على التقرير الاخير بان الاجازة توجب
انقلاب رضى البايع برضى المالك وقصده لنفسه بقصده لنفسه فمعنى اجزت بدلت
الامرين بالامرين فيكون فى حكم معقد جديد وفيه مضافا الى عدم تعقل ان
الاجازة ليست بمعاملة عند الكل كما يأتى انشاء الله تعالى وثانيها ان البايع لنفسه غير قاصد
للبيع حقيقة لان مقتضى المعاوضة دخول كل من العوضين فى ملك من خرج منه
الاخر فاذا قصد خلاف ذلك حيث قصد خلاف وقوع البيع لنفسه ودخول الثمن

فى ملكه لا فى ملك من خرج منه البيع المذكور كان صوريا عادما للقصد الذى لابد منه فى
العقود واجيب بانه انما باع لنفسه بعد تنزيل نفسه منزلة المالك فيكون قصد
تملك الثمن متفرعا على التنزيل المذكور فلا يكون قاصدا لخلاف ما يقتضيه العقد
نعم لو نوى البيع لنفسه من غير تنزيل بطل بالاجازة لعدم القصد ولذا قالوا انه
من مال شيئا لغيره بطل ولا يقع له ولا لغيره فانه من جهة عدم التنزيل لا يكون قاصدا
لحقيقة الشراء والبيع ومن هنا ظهر الفرق بين المقام وبين المثال المذكور صحة وفسادا
وفسادا وان عممه بعض المحققين من التساوى فى وجهى الصحة والفساد ولكانا
متعاكسين قد عرفت فى الجواب عن ان قصد التملك للثمن
يجرى مجرى الداعى فليس من خصوصيات الانشاء ولا من خصوصيات العوضين لوجوده
وعدمه سيان بالنسبة الى مفاد الصيغة لانه تبديل مال بمال هو بالاخرى
من غير قصد الى تعيين المنتقل عنه والمنتقل اليه ولا تعيين البايع والمشترى فانما
هو لتميز الموجب والقابل لا لتميز المنتقل عنه او المنتقل اليه فليس فى قصد البيع
لنفسه منافاة للعقد الى حقيقة المعاوضة واما الجواب المذكور فلا يخلو عن
بل ضعف ضرورة عدم مساعدة الوجدان للتنزيل المذكور فى معاملات الغاصبين
لاموال الناس واما فساد الشراء بماله لغيره فمسلم لو اريد به الفساد مطلقا و
لو للمالك لان الذى وجدناه فى كلامهم به هو انه لو دفع انسان لغيره ليشترى
شيئا لنفسه لم يصح ولم يقع للمامور به واما عدم وقوعه للامر ايضا فلم نجد مصرحا
به فيما عثرنا فبقى الكلام فى فساده للمالك والامر موكولا الى تحقيق مقامنا ولو سلم
الاجماع على البطلان واساسه هو ينافى التنزيل المذكور ايضا اذ لا فرق فى ذلك
بين بايع مال الغير لنفسه وبين المشترى بماله لغيره فان جميع ذلك فاسد
بالمعنى المذكور اعنى لا يقع للموجب واما انه لا يقع للمالك فهو عين المتنازع فيه

فلابد من ابداء الفارق الاخر غير التنزيل المذكور ولو سلم بطلانه مطلقا لكن بعض
المحققين والحاصل ان قصد البيع لا يتوقف على بناء البايع على كونه مالكا بل
لو تجاهلا والا لم يصح بيع المكره في العين من دون البناء المذكور او قصد النيابة
عن المالك مع ان الظاهر عدم الاشكال والخلاف في صحته ولو لم يقصد النيابة بل
رابعها ان العقود تابعة للقصود فلو صح الفضولي انخرمت القاعدة حيث يقع
على خلاف ما قصده العاقد والجواب عنه ايضا يظهر مما مر من لزوم تبعية العقد
لجميع خصوصيات المقصود بل اللازم التبعية فيما له دخل في حقيقة المعاوضة واما
او لبس المبيع منه ياتي فيه تبعض الصفقة ونحوه من فوات بعض الخصوصيات من
غير فرق بينه وبين تلك القاعدة لان معناها ان العقد لا يؤثر في خلاف ما قصده
العاقد لا انه لا بد ان يؤثر في جميع ما قصد العاقد ولو لم يكن قابلا للتاثير ان
الثالثة لا فرق بين كون البايع غاصبا للمبيع او غيره علم المشتري بالغصبية
ام لا فهنا مسئلتان وهذا اقسم من اقسام البيع لنفسه اما الاولى وهي ان يكون
المشتري جاهلا جاهلا فالظاهر عدم الخلاف ايضا في صحتها ويدل على الفساد
هنا جميع ما تقدم في سابقته ويزيد ما لاح اليه في جامع المقاصد وجها
للفساد وهو عدم رضاء المالك حين العقد وجوابه مر في المسئلة الاولى
من ان كراهة المالك بعد ساعدة اولة نسبة الصحة على التاثير بعد
الاجازة والنفوذ المتاخر لا دليل على كونها سببا للفساد واما
وهي ان يكون المشتري عالما فالمنقول عن لف والايضاح وحواشي الشهيد
فله والقطب الفساد ويدل عليه جميع ما يدل عليه في الاولى ويزيد عليها
ظهور الاجماع لانهم صرحوا بان البايع لا يضمن الثمن وان المشتري غير مسلط
على استرجاعه ولو رد المالك على احد القولين وعن المختلف جواز
المشتراة

المشتراة بثمن المغصوب ومرجعه الى ما عن الشهيد والقطب من ان الغاصب
لو اشترى بالثمن وقع الشراء له وكل ذلك مبني على عدم كونه بيعا حقيقيا وانه لا يجوز
للبايع دفع الثمن اليه مع علمه بجوازه في الفضولي بلا خلاف والجواب عنه ايضا
ما عرفت واما ظهور الاجماع ممنوع لان الاحكام المذكورة غير متفرعة على عدم قصد
البيع بل على تسليط البايع المشتري على ماله بالتسليم بعد البيع ودعوى كون التسليط
المبني على الوفاء بالعقد الفاسد ولا قصد اباحة التصرف ولو مع الجهل المسلط
بالفساد فكيف مع العلم ولازم القول به في جميع العقود الفاسدة مع انه
لا يقول به احد حتى الشهيد اذ الاطلاق ظاهر في عدم جواز التصرف في نفسه
وان لم يترتب عليها ضمان لو تلف في يد المتهب مدفوعة بالفرق بين المقام
والفساد الناشي من جهة اخرى فبان التسليم والتاني بالمعاوضة ومثله غير
مفيد لجواز التصرف بخلاف التسليم هنا فانه لما لم يكن من متفرعات عقد
الفضولي كان كالمبتدأ في افادة التحليل وهذا هو الفارق فافهم واغتنم والذي
يشبه في المقام تسليم الاصيل الثمن الى وكيل البيع مع فساد العقد وعدم ثبوت
الوكالة فانه ايضا لا يستتبع ضمانا وان لم يفد اباحة التصرف وتوهم المقام ان
العقد عند المالك سواء كان صحيحا او فاسدا ايستدعي التقابض ولو مع
علم المتعاقدين بفساده مما لا ينافي قصد البيع على الاشهر لا غير خلافا لما
زعم المنافاة حتى بنى لاجله على عدم ضمان المقبوض بالعقد الفاسد
مع علم الدافع بالفساد فظن انه لا يرد بليته فكذا لا ينافي كون الاقباض
المتفرع عليه اقباضا بانيا ناشيا من المعاهدة الصادرة منهما ومثله لا يفيد
حل التصرف لان التسليط ليس على مال الدافع حقيقة ولو بزعمه او بنائه قصورا
او تقصيرا بل هو بذل لغير اليه بزعمه فلا يكون واضعا للضمان لكن هذا انما يتم اذا لم
تسليم

يكن العقد الواقع مقتضيا للتقابض بناء المتعاقدين قصورا او تقصيرا واما اذا لم يكن
مقتضيا له فالاقباض بعده يكون تسليطا مستانفا على مال الدافع فلا منافاة بين
قصدهما البيع حقيقة في صورة العلم بالفساد وبين كون تسليم الثمن الى الغاصب
تسليطا له على ماله رافعا للضمان مع التلف واما عدم سلطنة المشتري على الاسترجاع
مع البقاء فهو ليس ايضا دليلا على عدم قصد البيع فانه مخالف للقاعدة ثابت
بالاجماع لو قلنا به لا ينطبق على القاعدة سواء قصد البيع او لم يقصد هذا في
كتاب شيخنا الاستاد العلامة رفع الله مقامه وفاقا للمحكي عن الفخر الاشكال على
القول بالنقل واما على القول بالكشف فلا اشكال لان الاشكال انما هو عدم
تسلط المشتري على استرجاع الثمن مع رد المالك كما عزي الى [illegible] ايد ال على عدم
قصد البيع وسبق استحقاق الغاصب للثمن والا فكيف لا يتسلط على الاسترجاع
بعد الرد وبطلان البيع المقتضي لرجوع كل من العوضين الى مالكه [illegible] وعدم
تاثير الاجازة وهذا انما يرد على القول بالنقل اذ لا وجه لتاثير الاجازة واما
على الكشف فلا ورود له لان الرد يكشف عن [illegible] التسليط واقعا [illegible] ملكه الا على
ملك المالك والاجازة تكشف من سبق حق المالك على حق الغاصب فلا اشكال
في الحكم بل الاشكال في صورة علم المشتري بالغصب يجري على وجهين احدهما
ما عرفت الثاني ما قررنا وهو ان عدم التسليط وعدم
الضمان [illegible] ما ذكروه في المسألة كاشف من عدم قصد البيع والتقرير
الثاني لا يتوقف على الكشف كما لا يخفى [illegible] يتوجه عليه
لكن يندفع بان غاية ما هنا كون الرد كاشفا عن وقوع التسليط على
مال المشتري دون المالك لكنه لا يوجب سقوط السلطنة على السلطة لان
التسليط اذا لم يكن في ضمن العقد ليس بلازم فعدم السلطنة على الاسترجاع

لا يجامع الكشف ولا النقل ولا كونه بيعا ولا كونه تسليطا تمام الكلام يتوقف
على التامل التام الرابعة كما يصح عقد الفضولي في البيع كذا يصح في
الثمن كما في المسالك من غير اشكال او نقل خلاف وعن بعض المنع وهو
ضعيف وعن ابي حنيفة انه لو اشترى بعين مال الغير وقع الشراء للمشتري
ويمكن استظهار الاجماع على الصحة من مسئلة العقود تتبع العقود كما ياتي
انشاء الله [illegible] وجملة من الادلة ناهضة عليه كحديث العروة لان الدرهمين
اللذين اخذهما ثمنا من الشاة التي كان باعها كانا من مال النبي صلى الله عليه وآله وفي
عوضه ماله صلى الله عليه وآله وقد اشترى باحدهما شاة اخرى وحديث التجارة بالوديعة
ايضا ظاهر فيه بناء على كونها او اقلا لان الغالب في التجارة بالاثمان الشراء بها
دون البيع بها وكذا اخبار المضاربة لظهورها صريحة في ذلك واخبار الاتجار
بمال الطفل ايضا بمثله كما لا يخفى فالخلاف ليس في محله لكن هذا اذا
قصد المشتري للمالك كما في العروة ولو قصد لنفسه ففيه اشكال في ذلك
اخرى غير الاشكالات التي عرفتها في البيع لنفسه صار سببا لتزلزل بعض المحققين
في الصحة بل حتى [illegible] ايضا الاشكال في ذلك حيث قال لو باع الفضولي
مع جهل الاخر فاشكال من ان الاخر انما قصد تمليك العاقد [illegible] واصل الاشكال
هو ان يقصد تمليك المشتري لان تعينه في العقد ركن لازم بخلاف
المنتقل منه فانه امر اجنبي كما عرفت فمفاد قوله بعتك ملكتك وهذا
غير قابل للاجازة من المالك للثمن على وجه ينفع بحاله ويقع الشراء
له ثم اجاب عنه بان تعيين المنتقل اليه ايضا غير لازم وغير معتبر في حقيقة
المعاوضة كتعيين المنتقل منه بل اللازم هو تعيين القابل وهو اعم من المنتقل
اليه اذ ليس مفاد العقد سوى المعاوضة والمبادلة ومقابلة مال بمال لازمه انتقاله

كل منهما الى ما يخرج منه الآخر واما المخاطب فهو ليس بمنتقل اليه بل هو قابل اليس عليه دلالة شئ فيكون قصد تمليك المشتري الفضولي ايضا لو الفضولي قصد تملك البايع لنفسه واورد عليه شيخنا العلامة رفع الله مقامه بان صريح ايجاب البيع هو تمليك المخاطب القابل وصريح قبول المشتري هو تملك البيع فاذا قال بعتك هذا فقد قال ملكتك هذا بهذا واذا قال المشتري قبلت فقد قال تملكت هذا المبيع بهذا الثمن وهذا المضمون غير قابل للاجازة كما لا يخفى قال ولا ينقض بالوكيل وجهل الآخر وكالة العاقد او ولايته لانه ح يقصد المخاطب بعنوانه الاعم من كونه اصيلا او نائبا ولذا يجوز اسناد الملك اليه مع العلم بكونه وكيلا فانه مبني على تنزيل العاقد بمنزلة المالك نظرا الى الوكالة المعلومة واذا صح ذلك مع العلم صح اعتباره على الوجه الاعم من كونه نائبا او اصيلا مع الجهل وهذا لا يأتي في الفضولي لاسناده الملك الى نفسه قال نعم يمكن في التفصي عن الاشكال ان يقال وحاصل ما قال ان الفضولي بايعا ومشتريا لا يقصد لنفسه ولا ينسب الملك الى نفسه في الشراء الا بعد جعل نفسه مالكا ادعاء والبايع ايضا لا ينسب الملك اليه الا بعد تنزيله منزلة مالك العين مكانه قال بعتك من حيث كونك مالكا للثمن واقعا او ادعاء وحيث ان الثابت للشئ بحيثية تقييدية ثابت لنفس الحيثية كان مفاد قوله بعتك بعت مالك الثمن ومفاد قول المشتري تملكت تملك مالك الثمن فاذا لحقه الاجازة دخل المبيع في ملك مالكه قلت هذه دقيقة لا يساعدها الوجدان في المعاملات الجارية بين الناس لانا نعلم قطعا مساواة مفاد الايجاب والقبول في جميع صور علم البايع بوكالة المشتري او جهل كون المشتري مالكا او لا وليس هذا ايضا من اللوازم القصدية التي لا يضر عدم التفات المتكلم اليها في ثبوتها بل لا بد ان يكون عين مدلول الايجاب مطابقا للقصد المعتبر في العقود فالاشكال غير منحسم بذا ولا بذاك ويمكن ان يقال ان المخاطب المشتري في الايجاب بقول البايع بعتك يجري مجرى التخاطب بحرف الخطاب مثل كان ذلك وذالكم فلا تفيد سوى المخاطبة التي لولاها لم يتحقق معنى القصد

والمعاهدة

والمعاهدة عرفا والكان اسما ومبيع له ان يقول قبلت اذ لو كان حرفا لم يصح كما لا يخفى فلا دلالة في قوله بعتك في دخول المبيع على ملك المخاطب حقيقة او وعلى اولى في قوله قبلت على دخوله في ملكه بل على مجرد قبول الانشاء الصادر عن البايع الذي لا يفيد سوى تمليك مال بمال والكلام بعد يحتاج الى تامل فروع الاول لو اجاز المالك الذي قصده البايع لنفسه او الشراء الذي لنفسه كذلك على ما هو عليه فهل الصحيح بيع على النحو الذي اجازه او لا يصح مطلقا او يصح ويقع العقد للمالك ولو كان في اجازته قاصدا للعدم صرح بعض المحققين متلقيا عن شيخه في شرح القواعد بالاول واستدل له عليه بوجهين احدهما ان الاجازة اللاحقة بمنزلة الاذن السابق فلو اذن المالك الاجنبي ان يبيع لنفسه او يشتري لنفسه شيئا من ماله فباع واشترى وقع العقد للاجنبي العاقد ويدخل في ملكه لانه بمنزلة توكيل المالك للاجنبي في ادخال ملكه قبل العقد في ملكه في محافظة لقاعدة المعاوضة القاضية بدخول العوض في ملك من خرج عنه المعوض فيكون الاذن متضمنا توكيلا مشروطا بتحقق العقد في ملك من خرج عنه للعوض فيكون الاذن متضمنا توكيلا مشروطا بوقوع العقد فاذا وقع العقد كشف ذلك عن دخول المبيع او الثمن اولا في ملكه الى ملك القابل ولازمه تملك العاقد للعوض وقد تقدم لذلك بتردد المصنف في صحة عتق المرتهن عن نفسه لو اجاز الراهن فان وجه الصحة مبني على كون الاجازة اللاحقة كالاذن السابق في وقوع العقد او الايقاع للمباشر حسبما قصده واما وجه العدم فليس هو المناقشة في ذلك بل في جريان الفضولي في العتق الذي هو من الايقاعات كما يأتي انشاء الله و ثانيهما انه لا دليل على لزوم دخول العوض في ملك من خرج عنه المعوض مطلقا بل اذا لم يكن العاقد مأذونا ممن خرج عنه العوض ان يبيع لنفسه فمع كونه مأذونا كذلك دخل العوض في ملكه لا ملك المالك الذي خرج عنه العوض وثمرة الوجهين تظهر فيما لو حصل فسخ العقد فعلى الاول يرجع المبيع والثمن الى ملك العاقد لخروجه عن ملكه اولا

فيرجع كل من العوضين الى مكانه وعلى الثانى رجع الى ملك المالك الذى خرج عنه لا عن العاقد ويضعف الاول بمنع الحكم فى المقيس عليه اولا كما مر فى فروع المعاطاة لان الاباحة المطلقة والتامة على وجه يفيد جواز البيع ونحوه من التصرفات المتوقفة على الملك مما لا يقول لها بطلانها والجل ولذا انفى الخلاف بل نقل الاجماع على المديون لو دفع الى دائنه شيئا يشترى به على ماعليه من الدين ولم يقل له اقبض لى اولا ثم استوف منه حتى يكون وكيلا فى الشراء للمديون كان الشراء باطلا كما اشرنا اليه انفا ولا يساعده الدليل بل مقتضى عموم مادل على توقف البيع مثلا على الملك بطلان البيع او الشراء بل هو امر غير معقول لان مقتضى المبادلة قيام كل منهما مقام الاخر فلو قصد بالبيع وقوع الثمن للاجنبى كان عريا عن القصد المعتبر نعم فى بطلانه راسا او قابليته للاجازة اللاحقة حتى يقع الشراء فى الفرض المذكور بعد الوقوع للامر كلام لنا سمعته سابقا وقياس المسئلة بقوله اعتق عبدك عنى فى حصول الملك الضمنى لكونه عرفا توكيلا فى ادخاله فى ملكه اولا ثم عتقه عن نفسه ليس فى محله لان هذا انما يلجأ اليه بعد قيام الدليل على الصحة كما فى العتق واما تطبيقه على القاعدة من دون دليل فدونه خرط القتاد وقد تقدم توضيح الحال فى المقال فى المعاطاة وثانيا لو سلمنا ذلك فى الاذن السابق فلا نسلم فى الاجازة اللاحقة لامتناع حدوث التوكيل بنفس الاجازة كحدوثه بنص الاذن فى الحال بناء على كونها ناقلة او فى الماضى بناء على كونها كاشفة لانقضاء الموضوع اعنى البيع فى حال لها فكيف يكون مثل الاذن السابق فى الدلالة على الوكالة الضمنية ودعوى ان مادل على كونها مثل الاذن يقتضى ثبوت جميع احكامه لها مدفوعة اولا بانه لا دليل على كونها مثلها حتى يؤخذ بعموم التشبيه بل انما استفيد من الادلة مماثلتها له من حيث تاثير العقد على فرض سلامته عن الموانع واستجماعه الشرائط للتاثير فاذا فرض وجود بعض الموانع او انتفاء بعض الشرائط كما هو المفروض ضرورة اشتراط صحة البيع بالملك المفقود بحكم الفرض لم تؤثر فى صحة العقد الواقع وثانيا

تمام
يا معين يا الله

ان استفادة الوكالة من دون الاذن السابق ليس حكما شرعيا حتى يثبت لها بجعل الشارع مثله على جميع الاحكام بل هو حكم عرفى تابع لعنوان نفس الاذن السابق وربما اجيب عن ثان بان وقوع البيع لغير المالك مناف لحقيقة البيع التى هى المبادلة وقد صرح فى التذكرة تارة بانه لا يعقل ان يشترى الانسان بماله لغيره شيئا واخرى بانه لا يتصور بل عن بعض دعوى عدم الخلاف فى بطلان قول مالك الثمن اشتر به لنفسك طعاما وفيه ان الوجه الثانى مبنى على مساواة الاجازة للاذن بعد الفراغ عن كونه معقولا جائزا واقعا بالاذن السابق فلا مسلك للجواب المذكور بل اللازم فى الجواب ماذكرنا الثانى لو باع شيئا فى ذمة غيره او اشترى بشئ فى ذمته وقف على اجازته لعموم ادلة الفضولى فكما يصح فى عين مال الغير فكذا فى ذمته ونفى عدم الخلاف فيه سواء صرح به فى العقد او اطلق وكان فى قصده وان قال بعض المحققين ان فى ان وجهين مبنيا على الصحة بالسيرة الجارية بين التجارات بعمال المضاربة والاولياء لمولى عليهم والوكلاء لموكليهم فانها مع تجردها عن ذكر المعقود له يقع لهم لكنا لم نفهم وجها له ثم ان اجاز المعقود له وقع الشراء له وان رد بطل خلافا للمحكى عن ط وعد وجماعة فى باب المضاربة بل صرح فى محكى كره فى خصوص الشراء ناقلا له عن ابى حنيفة والشافعى واحمد من غير نقل منا ومنهم بل نسب الى علمائنا فان كان اجماع والا فالحق ماعرفت لحقه كونه فضوليا وعلى ما اخترناه من بطلان الاطلاق فان صدقه المشترى او البايع مع الاطلاق يمع وقف على الاجازة وان كذبه فقد حكموا بصحة العقد ظاهرا فى حق العاقد ويحتمل بعد التنزيل كلماتهم الظاهرة فى الصحة الواقعية على ذلك فيكون العاقد هو المطالب بالثمن او الثمن ولو استدل له عليه بوجهين احدهما ظواهر العمومات من الايات والاخبار القاضية بوجوب الوفاء بالعقد وفيه انها لا تتوجه الى الفضولى بل الى المالك و الشبهة موضوعية فلا ينفع التمسك فى مطالبة العاقد بمقتضى المعاوضة وثانيهما اطلاق العقد فانه قاض بوقوع العقد للعاقد الى ان يثبت خلافه وهو حسن

ومعناه ان مع عدم تصريح العاقد بكون الثمن فى ذمة غيره وهو المراد بالاطلاق
العاقد اعنى تجرده عن قيد العوض بذمة غيره فظ الحال الناشى عن الغلبة وغيرها
قاض بكون العقد للعاقد فيطالب بما يقتضيه من القبض والاقباض الثالث لو صرح العاقد بكون
العقد لغيره ولم يقيد الثمن بذمة الغير كفى ذلك فى كونه فضوليا لان كون العقد لغيره
قرينة عرفية على كون الثمن والمثمن فى ذمة الغير ولو جمع بين الامرين فقال بعت او اشتريت
لنفسى بدرهم فى ذمة زيد ففيه وجهان ذكرهما الشيخ بقوله احدهما الالحاق بما اذا
اشترى لنفسه بعين مال الغير فيصح مع الاجازة ويقع العقد لزيد لا لنفسه كما مر
والثانى وقوع العقد له لنفسه بالغاء نحو قوله بدرهم فى ذمة زيد لكونه منافيا لقوله
او لا لنفسى انتهى وتيلوهما ثالث وهو العكس بالتصرف فى مفاد قوله لنفسى بقرينة قوله
بدرهم فى ذمة زيد لكونه نصا فى الفضولى بخلاف الاول فانه ظاهر يحتمل ارادة عود النفع اليه
ببعض الوجوه ولعل الاوجه هو الاول جمعا بين القيدين ثم الاخير ولو قال اشتريت هذا لزيد
فى ذمتى قال فيه يحتمل البطلان كما لو اشترى بعين ماله لغيره ويحتمل الغاء احد القيدين
فيقع العقد له او للغير انتهى قد عرفت مبنى احتمال البطلان فى المسئلة السابقة وانه
على منع فراجعها تنبيه لم اجد احدا نصا منهم فى جريان الفضولى فى المعاطاة سوى
شيخنا الاستاد قده فقال بثبوته فيها كالعقد وهو ظاهر بل صريح بعض مشايخنا قده
وفى المحكى عن شرح القواعد لكاشف الغطاء قده تصريح بجريانه فى كل فعل قائم مقام
القول وهو حسن بناء على كونها بيعا ثابتا بقوله تعالى احل الله البيع وتجارة عن تراض
ونحوهما اذ لا مانع هنا سوى حرمة السبب وهو التعاطى وقد تقدم فيه انه
لا يقتضى الفساد واما عدم مقارنة الرضا فهو مشترك الورود بينها وبين الصيغ الصريحة
واما بناء على كونها اباحة او بيعا مفيدا للاباحة فيشكل لان الدليل عليها ليس
سوى الاجماع او السيرة ولم يثبت تحققهما فيها ولكن الذى يقطعنا انها معاملة مستقلة غير البيع

ولاباحة

مصدرات

الى المعاطاة م

ولاباحة ويمكن الذب عنه بان البيع والشراء للغير من غير سبق اذن منه امر شايع بين الناس
خصوصا اذا كان بذمة الغير لا بعين ماله وسيما فى تجارات عمال المضاربة والوكلاء
فى غير الجهة الماذونة وقد مر فى ادلة الفضولى تمسك بعض المحققين لصحة عقده
بالسيرة وعلى هذا لا اشكال فى ثبوته فيها على جميع الاقوال كالاول وكذا لو تمسكنا
لصحته بالاخبار الخاصة المذكورة فان ترك الاستفصال فى بعضها كخبر الودعى واخبار
المضاربة لو لم نقل بانصرافها لغلبتها فى تجارات الناس بها فى الزمن السابق قاض
بصحته ولو قلنا بانها اباحة او بيع مفيد لها ودعوى ان الاباحة ليست كالملكية
فى امكان انكشافها بالاجازة مدفوعة بملاحظة الانكشاف فيما ترتب عليها من التصرفات
الموقوفة على الملك كالبيع والعتق ونحوهما نعم لو قلنا بعدم جواز مثل هذه التصرفات
على القول بالاباحة لم يعقل تاثير الاجازة اللاحقة فى الاباحة السابقة مع ان ما ذكرنا
من الاشكال على تقدير الاباحة او المعاملة المستقلة انما هو اذا لم نقل بجريان الفضولى
فى جميع العقود والا فلا اشكال والظاهر عدم الفرق بين البيع والنكاح وغيرهما
من المعاوضات وقد صرح فى محكى الروضة فى باب النكاح بانه لا قائل باختصاصه
بهما واما غير المعاوضات فعن كاشف الغطاء فى شرحه للقواعد ما هذا لفظه وفى
جرى الفضولى فيما جرى فيه الوكالة من العبادات كالاخماس والزكوات
واداء النذر والصدقات ونحوها من مال من وجب عليه او حاله وفيما قام
من الافعال مقام العقود ونحوه وكذا الايقاعات مما لم يقم الاجماع على المنع فيها
وجهان اقربهما الجواز ويقوى جريانه فى الاجازة واجازة الاجازة وقال
بعض تلامذته من مشايخنا قده بعد نقله ان فى الاخماس والزكوات منافاة
لاشتراط فيه القربة وكذا فى الاجازة لانها من الايقاع الذى علم عدم قيام
الغير فيه مقامه كان موافقاله وكيف كان فالذى يظهر منهم جريانه فى كل

انتهى م

٧ لا البيع فضولة م

٧ [illegible] والكلام [illegible] الدرهم [illegible] عدم قيام [illegible] مقام م

بطل

بل كل عقد قابل للتوكيل الا اذا كان منافيا للشرط من شروطه ومن ذلك الخلاف فيهم
في الوقف نظرا الى اشتراط نية القربة وقد يقال ان المدار على قبول الفسخ وعدمه
فان كان قابلا له بخيار ونحوه فلا مانع من جريانه فيه والا فلا نظرا الى ظهور دليله
ح في عدم انفكاكه عن اللزوم ويشكل ثبوته في الصدقات كلها من وجهين احدهما
ما مر من اشتراط القربة وثانيهما بنائها على اللزوم وعدم قبول التزلزل ولو من جهة
توقع شرط الرضا ويشكل ايض في الرهن من الجهة الاخيرة والمرجع مع الشك
هو اصالة الفساد وقد يستدل على جريانه في الوقف وغيره من الصدقات بل استدل
به بعض مشايخنا في باب الوقف بما ثبت من التصدق بمجهول المالك فانه مبني على
جواز الصدقة بمال الغير عنه وفيه ان الشارع اسقط هنا رضى المالك وجعل
المتصدق قائما مقامه وهذا غير تاثير الاجازة فيما لا بد فيه من اذن المالك ولو
كان اخذ الامام ام الساعي للزكوة فهو ايض دليلا في المسئلة وكذا اصدقات
الولي عن المولى عليه لا تدل على صحة الفضولي واشد في الكفارات المالية عدم قبولها
التبرع عمن يجب عليه نعم في زكوة المقترض عن القرض رواية غير مشهورة العمل فلو
عملنا بها وجوزنا التبرع في الزكوة بمال المتبرع امكن تجويز الفضولي اولى والمسئلة بعد
تحتاج الى التتبع والتامل والذي ينبغي ان يق هو ان ادلة الفضولي منها ما هو مختص
بالبيع ومنها ما هو عام لكل عقد معاوضة وهو قوله تع تجارة عن تراض فلا
اشكال في ثبوته في جميع المعاوضات كما هو المدروس للتصريح به في خصوص الصلح
واما ثبوته في غير المعاوضات من العقود فلا دليل عليه سوى قوله تع اوفوا بالعقود
حسبما استدل به بعض في المسئلة كما مر لكن عرفت ثمة الخدشة في دلالته ففي غير
المعاوضات لا بد من ملاحظة الفتاوى والادلة فان وفت بالثبوت والا فالمرجع
هو الاصل واعلم انه لا بد في صحة الفضولي اولا من احراز سقوط شرط المباشرة

وذلك يعلم

وذلك يعلم من قبول الوكالة ولو شك في قبولها فالمرجع هو ادلة ذلك الباب فان
وفت بسقوطها والا فالاصل الفساد وبعد ذلك ينحصر البحث في اعتبار مقارنة
الرضا للسبب كما عرفت في اول المسئلة والمرجع فيه ايض هي الادلة عموما وخصوصا
فان قامت بعدم اعتبارها جرى الفضولي الا ان يقوم اجماع او دليل على خلافه
هذا طريق الناس وعندي في ذلك ملحظ اخر اشرنا اليه في اول المسئلة وهو
ان الاجازة اللاحقة لا بد ان تكشف عن الرضا المقارن الشأني التقديري
الذي لا اشكال في مساواته للرضى الفعلي في التكليف فان قلنا بالمساواة في
الوضع ايض كان الاصل في المسئلة بعد احراز عدم اشتراط المباشرة الصحة
الا ان يقوم اجماع او دليل على خلافه وان قلنا بالفرق او شككنا فيه فالمرجع
ايض هو اصالة الفساد اذا عرفت هذا فنقول اما الصدقات فقد عرفت
ان الوقف منها محل خلاف نظرا الى شرط القربة في الوقف الا ان الاتفاق على انه كما
من تاثير الاجازة فيه الاباء على عدم امكانه في الفضولي واما ما ورد من
من انه كالعتاق لا رد فيه فهو لا يدل على فساد الفضولي فيه اما اولا فلما عرفت
من جريانه في العتق ايض واما ثانيا فلان وجه الشبه مذكور وهو عدم الرد
فلا يتعدى الى غيره ومن قال بالصحة يكتفي بها في الاجازة واليه ينظر قول
الماتن في الوقف ان الاجازة كالوقف المستانف اراد به ان القربة في الاجازة
يكفي في الصحة ولا يلزم ان يكون موجودة في نفس العقد لان القدر الثابت
من دليل اشتراط الوقف بالقربة هو كونها جزءا للسبب كسائر الشرائط الراجعة
الى العقد مثل العربية ونحوها او الى العاقد مثل البلوغ بل هي نظير القبض
في الصحة فاذا وجدت بعد العقد كفى ودعوى اعتبار قربة العاقد خاصة
غير ثابتة بل المستفاد من الادلة اعتبار قربة المالك اي مالك العقد سواء

كان

كان وليا او وكيلا او مالكا للموقوف فلا يبقى في المقام بعد ذلك سوى احتمال اشتراط
المقارنة وهو مدفوع بعد الاطلاق للاصل او لانه مثلا بجعلته لله فقربة ونحوه عموما او قوله
بالعقود والمؤمنون عند شروطهم وقد يمنع ... قصدها من الفضولي ايضا
فان الوقف لم راجح شرعا للمالك فهو مامور به فلا مانع من قصد النيابة فيه ثم
انشاء صيغة الوقف متوقعا للاجازة من المالك قربة الى الله هذا اذا نوى
للمجيز القربة ولو نواها الفضولي دون المجيز فقد يقال ايضا بالصحة بناء
على كفاية قصد القربة في صحة العقد الموقوف كالعتق وان لم يحصل به التقرب ولذا حكم
غير واحد بصحة وقف الكافر مع عدم خلاف معتد به في اعتبار قصد القربة
فيه نظرا الى امكانه في حقه وان لم يحصل له التقرب الا ان الانصاف عدم خلوه عن
الاشكال لان الصدقة بمال الغير لا رجحان فيها حتى يتأتى فيها قصد القربة الا بعنوان
النيابة وجواز هذا العنوان هنا موقوف على قصد القربة فيلزم الدور لا يقال لا يعتبر
سبق الاذن بان عنوان النيابة يحصل بنفس الاذن السابق ولا يتوقف على قصد
القربة فاذا صار نائبا قصد امتثال امر المنوب عنه نيابة عنه فيتحقق شرط القربة
وان توقف صحتها عليها الا انه لا يرجع الى توقف عنوانها على قصدها وكذا الايراد
عن الغير فان الصلوة امر راجح في نفسه قابل للتقرب والتبرع عن الغير بعد قصد
النيابة بخلاف التصدق بمال الغير فانه ليس براجح ذاتا الا من المالك او ممن يقوم
مقامه مع ان قصد القربة هنا يمنع كونه قابلا للنيابة وان عزى الى الفخر دعوى
الملازمة بين النيابة في القربة وتلقاه غير واحد بالقبول وارسله بعض
ارسال المسلمات لانه عبارة عن الداعي لا معنى لها الا اذا رجع الى النيابة في
الامتثال نعم قربة النائب تقوم مقام قربة المنوب عنه كنفس العمل المنوب
فيه فمحل النيابة انما هو العمل خاصة دونه مع القربة ولعل مراده الفرد كل

من يقول

مقام قربة
من يقول بان الفضولي يقصد القربة عن المالك هو قيام قربته لانه ينوي
القربة نيابة اذ المانع عقلي مطرد الى صورة الاذن والتوكيل والاستنابة فكيف
عن الفضولي فافهم وقال بعض مشايخنا قده في جواهره في بعض ما هو
مربوط بالمقام ما لفظه ويكفي في ايجادها بمعنى القربة مشروعية الفضولي مثل
التوكيل والتبرع ومرجع الجميع اما الى مشروعية ايجاد صورة العمل العبادي عن
الغير على وجه يسقط التكليف عنه لان المراد فوجه الامر الى الفاعل النائب بقصد
امتثاله كما في الامر ضرورة عدمه في الوكيل مثلا فضلا عن غيره حتى الاجارة
التي يؤمر باداءها بعد تمام العقد من حيث كونه وفاء بالعقد لا امر عبادة
او الى ان الغير مامور بايقاع الصلوة عن الغير ولو ندبا على نحو الولد بالقضاء
عن والده فتكون نية القربة فيه حينئذ باعتبار كونه مامورا بذلك بل هو مقتضى
معنى المشروعية تبرعا او وكالة وجواز الاجرة عليه مع انه عبادة نفعها للاجير
كالنافلة للدليل الوارد في الحج وغيره ولعله باعتبار تضمنه وصولها متمما
الغير خصوصا اسقاط ما في ذمته وكان هذا اقوى من الاول سيما بعد
معلومية كون صلوة النيابة وحج النيابة صنفا من العبادة بل هي نوع مقابل
للعبادة الاصلية نعم قد يفرق بين التوكيل وغيره والله العالم اعلى الله مقامه
رفع مقامه وما ذكرناه ظهر ما في بعوه الصحة والفساد التي لا تخفى على المتامل
ولعلنا نقلناه على طوله لما فيه من الفوائد اهم امر وظهر ايضا الحال في ساير
الصدقات كالزكوات والاخماس والكفارات فان المانع من جريان
الفضولي فيها ليس سوى اشتراطها بالقربة فقد عرفت ما في عدم مانعيته
على التحقيق كان المتجه ثبوته في الكل وان اجازه المالك اجزئه وان رد فقيل
انه يبطل وقفا ويصح هبة لان التمييز بين الوقف والهبة انما هو بالقربة

وعدمها فاذا ابطل وقفها لانتفاء القربة وقع هبة كما في كل نوعين مشتركين في
جنس يكون فصل احدهما عدم فصل الاخر مثل الوكالة والاذن فان الاول مشروط
بشرط يجري مجرى الفصل له ثم اذا انتفى بعضها بطلت الوكالة وبقيت الاذن فالت
هذا في الوقف له وجه فلو تجرد الزكوة عن القربة وقع هبة واما الوقف فالظ
انه اذا فسد لم يصر هبة لاختلافهما في سائر الخصوصيات ايضا مثل تعيين المرهون
اليه واعتبار كونه جزئيا حقيقيا اذ لا يصح تمليك كلي الفقير مثلا كطريق الهبة
الذي هو جزء مقوم للوقف ثم السكنى والعمرى لا باس بانقلاب بعض صورها
هبة لو انتفى قصد القربة بناء على اعتباره فيهما وكونهما تمليكين كالوقف وكيف
كان فالظ ان الاجازة هنا ناقلة لا كاشفة كما في البيع اذ قد عرفت ان قصد القربة
هنا شرط او جزء للسبب فيكون النقل ما صار عنده لا قبله كما عن الفاضلة ولا دليل
على الكشف الا في شرط الرضا فانه الذي قام الدليل على كون وجوده المتاخر كاشفا
عن تمامية السبب سابقا كما ياتي واما غيره من الشروط فلم يقم دليل على كونها كذلك
بل لو قلنا بان الكشف هناك موافق للقاعدة لم ينفع ايضا في نحو المقام اذ هو
من خصائص الرضا فلا ياتي في غيره نعم لو اخترنا بجهة القربة عن الفضولي
عن نية المالك حال الاجازة اتجه الكشف كما في البيع ويتفرع على ما قلنا ان في المقام
من وجب عليه الخمس لو دفعه غير اذن المجتهد في زمان الغيبة ثم اجاز برئ ذمته
بناء على التاويل في اشتراط الاذن لمجتهد نائبا عنه ولو بني على كونه ملكا للسادات
من باب النسبة فقد يقال ايضا بحصول البراءة ويمكن من الفضول اذا
الظ كون اشتراط الاذن هنا محض التعبد الذي لا يؤثر في انتفائه الا الاثم دون
الفساد وقد يقال بالعدم قضاء لحق الشرطية بعدم كون الاجازة اذنا
اذا وقع الفضولي من مال من يجب عليه كما لو دفع من ماله فالظ عدم

تاثير الاجازة لان الامتثال بالواجبات لم يحصل الا بالمباشرة او التسبيب فكيف يسقط التكليف
عنه بفعل الغير وليست مثل بعض الدين الذي يسقط بفعل المتبرع بل هي مع تعلقها بالذمة عبادة
ولا توجد الا باحد الوجهين اما المباشرة او التسبيب ولو مع الاذن السابق خلافا للمحكي عن المسالك
في زكوة الفطرة حيث نقل هنا وتبرع الضيف باخراجها من الموسر توقف الاجزاء على
اذنه ويحتمل غير بعيد ارادة الاذن اللاحق الذي هي الاجازة بان يكون المراد ارادة الضيف
التبرع مثل قوله تع واذا قرأت القرآن فاستعذ بالله نعم عن كاشف الغطاء التصريح بالاجزاء
وله وجه تعرف عن قريب ان شاء الله تع والحاصل كل موضع ينفع الاذن السابق فالظ قيام الاجازة
مقامه الا ما كان مشروبا بالتكليف فان الاجازة فيه لا تفيد فائدة الاذن كالعبادات المالية
مثل الزكوة والخمس والكفارات مع الاذن يصح من الاجنبي ولا يصح بالاجازة فقد مر في
الرهن انه يصح رهن مال الغير موقوفا على الاجازة وذكر بعض مشايخنا انه يصح الوصية بمال
الغير معلقا على موته ولو علقه على موت نفسه فعن الدروس احتمال صحته ايضا وعن بعض
متاخري المتاخرين من الشيوخ تقويته لكن عن المحقق الثاني وغيره التصريح بالعدم
وانه ليس كالبيع في قبول الاجازة قاله فيما لو اوصى بمال مشترك وهو حسن اذ لا اختلاف
بالفضولي الذي كلامنا فيه فانه يدور اولا بدة الاذن السابق ولا فائدة لها
في المسئلة ولا يجدي شيئا فلو قال مال زيد لعمرو بعد وفاتي كان لغوا ولو اذن عمرو لانه
ليس لا هبة معلقة باطلة من عمرو وعن المحقق الثاني التصريح بجريان الفضولي
في المضاربة مستدلا بالاولوية من العقد اللازم فلو ضارب المضارب فاجاز المالك
صح ومقتضاه ثبوته في الوكالة ايضا وفي الاولوية منع والاصح ولا دليل غيرها ولو غيرنا بالعقود
وبناء على كونه من ادلة الفضولي اذ لا مسرح له في العقود الجائزة على التحقيق
نعم في الرهن امكن الوكون البيه واما الوصية والهبة والوكالة ونحوها من العقود
الجائزة بالاذن فله التمسك باطلاق او عموم ادلة كل باب ان هو شيء اذ لا عموم

في سهم الامام روحي له الفداء أمل كونه ملكا للغائب دون الفقيه صح ٨

فى شئ منها فرقى من عند نامع انهم يجوزون الفضولى فيما يجرون من غير نظر الى عموم دليله فلانه قاعدة مطردة مستقلة لاضابط عباعلة دليل كل باب وهذا يكشف عن استقامة ماسلكناه من الطريق حيث قلنا ان الاجازة كاشفة عن الاذن السابق التاكيد التقديرى وهو كاف فى الحكم الوضعى وستعرف انه يندفع اشكال الكشف المعروف لدى الاعلام هذه حال العقود واما الايقاع فقد عرفت من كشف الغطاء فى محكى شرح القواعد ومن بعض مشايخنا ماعرفت لكن عن ذلك المحكى عن قواعد الشهيد قده عدم جريانه فى الخلع والطلاق بل مطلق الايقاع لعدم قبولها التعليق واداله بانه على القول بالكشف لامانع عن ذلك ثم قال انه لانعلم قائلاً بالصحة ويمكن ان يستنبط من ذلك كون الاجازة ناقلة قلت مراده على ما يفصح عنه المحكى عن حواشيه على القواعد فى باب الرهن فيما لو عتق الراهن العبد المرهون والمحكى عن شيخهم فخر الدين فيما لو عفى الراهن عن الجانى على العبد المرهون ان التعليق باطل وهو ان يكون تاثير السبب من عقد او ايقاع موقوفا على هذا القول كاشف عن السبب سابقا فمقتضى القاعدة جريان الفضولى على هذا القول فى الايقاعات ايض فيكشف عن عدم جريانه فيها عندهم ان الاجازة ناقلة لاكاشفة قلت ويرد عليه ان التعليق بالمعنى الذى ابطله لادليل على بطلانه فى الايقاعات فضلا عن العقود كان توقف تاثير العقد او الايقاع على حصول شرط شرعى ليس من التعليق فى شئ والالكان توقف العقود المشروطة بالشرط القبض عليه كالصرف والسلم والرهن والوقف وتوقف البيع على الرضا المتاخر مع ان التعليق بالمعنى المذكور موجود فى بيع الفضولى ايض ولادليل على جوازه سوى القاعدة التى لانعرف مانعا من جريانها فى الطلاق وسائر الايقاعات اذ الطلاق مما ثبت عدم اعتبار المباشرة فيه فلامانع من جريان الفضولى فيه سوى احتمال مقارنة الرضا للصيغة فيندفع هذا الاحتمال بما يدفع فى البيع

كما التكليفية

من الافتضاح

وغيره

٢٢٧

وغيره من العقود ودعوى اختصاص مادل على عدم اعتبارها بالبيع مدفوع بان عمدة الدليل عندهم العمومات العامة والخاصة لكل باب فلامانع من الركون الى اوفوا بالعقود هنا اذ العقد مطلق العهد الصادق على الايقاعات ايض والى عموم المؤمنون عند شروطهم وخصوص ادلة الطلاق من الكتاب والسنة اذ الفقه الخارج عنها ماكان عاريا عن الرضا واساراما ماكان مرضيا بالرضا السابق او اللاحق فلادليل على خروجه هذا مع الفقى عن طريقنا المستار اليها غيرمرة من كشف الاجازة عن وجود الرضا سابقا مكنونا والافلا اشكال فى صحة الفضولى فيه اصلا لحصول المقارنة وان تاخر العلم بها الى زمان الاجازة ثم ان ما ادعاه من عدم العلم بالقائل بالصحة ايض منظور فيه اذ المنقول صحة خلع الاجنبى شئ من مالها اذا اجازت وخلع وكيلها باكثر من مهر المثل او وكيله باقل منه مع تعقب الاجازة منها او منه الا ان يقال محل الكلام فى الخلع الفضولى لزوم لفداء المسمى لا اصل زوال علقة النكاح فانه مما لم يقل به احد فالمراد ان الاجازة تصححه خلعا لا انه يصححه طلاقا نعم صحة عتق الراهن متوقعا للفك او الاجازة على ما ذهب اليه جل الاصحاب نقض عليه اذ العتق ايقاع فالاشكال فيه اقوى من الطلاق لاشتراطه بالقربة فاذا جاز فيه جاز فى غيره من الايقاعات بطريق اولى ولايعارضه فساد عتق المرتهن فان المانع فيه عدم الملك وتوقف العتق عليه نعم لو عتق المرتهن عن الراهن كان كعتق الراهن ولا اظن احدا يفرق بينهما بل صرح ~~اطلاق الفضولى~~ بعض مشايخنا قده بالتسوية بعد ان نزل ما ذكروه من فساد عتق المرتهن على ما اذا اعتق عن نفسه لا عن الراهن نعم المطلب عدا الخلاف فى فساد طلاق الفضولى لا ينفع عنه فساد طلاق المكره واما غيره من الايقاعات فالمتبع فيها هو الدليل فالفسخ والابراء والاباحة والاجازة وما اشبهها لامانع من جريان الفضولى فيها الا ان يقال كالامانع عنه فلا مقتضى ايض لعدم الدليل نعم بناء على طريقتنا المذكورة فالدليل

واضح لكن الذي يسهل الخطب ان الاجازة بنفسها كافية في هذه الامور من غير ان تكون مصححة
للانشاء السابق لا الاجازة للفسخ فسخ والابراء ابراء وهكذا اذ لا يعتبر فيها صيغ مخصوصة وان كان يلزم
الثمرة بين الوجهين على الكشف في الآثار المتوسطة بينها وبين الاجازة كما لا يخفى فمن اجل
ذلك لابد من مطالبة الدليل على جريانه فيها والاقرب العدم لعدم الدليل الا على الوجه الذي
ذكرنا فان مقتضاه كون الفضولي على القاعدة منه وكونه على نحو الكشف وحيث ان القول
به موقوف على الاطمينان بكون الوضع كالتكليف في الترتب على الرضا الثاني التدبير
وهو مشكل بسماع عدم التفات احد من الاصحاب اليه فلا جزم من المنع كالطلاق فان وجه المنع
فيه هو عدم الدليل لا انه ايقاع والايقاع لا يقع موقوفا ومعلقا لنفعه وفساده بما مر وكذا
لا تمنع من جريانه في العتق وفاقا للجمل لعدم المانع بعد ظهور الادلة عموما وخصوصا في صحته وكونه
مبنيا على التغليب حتى المحقق الثالث قال بجريانه في التدبير حيث قال على ما نقل عنه لو دبر
عبدا مشتركا او قد ربيب امكن تاثير الاجازة فيها اراد انه لو قال للعبد المشترك انت حر بعد موت
مواليك اثر فيه الاجازة وليس مراده التعليق على موت نفسه خاصة كما توهم حتى يرد انه
مما لا محصل له لخروجه عن التدبير المصطلح اذ هو تعليق العتق على موت المولى لا
على موت الاجنبي والانصاف انه ان اراد حصول التدبير بالاجازة لكونه من الوصية
التي لا يعتبر فيها صيغة اتجه ما قال لكنه ليس من الفضولي المصطلح وان اراد ان الاجازة
تكون سببا لصيرورة التدبير من الفضولي صحيحا بطريق الكشف او النقل ففيه منع الدليل
لان الثابت هو التدبير عن المولى تسبيبا بالتوكيل او بالمباشرة واما تدبير غيره فلا دليل
على صحته وهكذا الكلام في غيره من الايقاعات فان القدر الثابت منها ما كان صادرا ممن له
الولاية عليها باحد الوجهين واما ليس بصادر عنه ولا عن اذنه فلا دليل على كونه سببا
لشيء ومن هنا يفترق عن العقود لان صيغها اسباب بشرط اذن من له الامر فيفيد مع احتمال
اعتبار مقارنة الاذن بالاصل بعد الاطلاقات واما ليس له صيغة خاصة من الايقاعات

كالفسخ

كالفسخ والابراء ونحوهما تحققها بنفس الاجازة الا انها تكشف عن خصوصها
سابقا وهو خارج عما نحن فيه فالاقوى بطلان عتق الراهن على ما ذهب اليه غير
واحد وكذا عتق المفلس ونحوه مثله في الحجر وان نقل عن العلامة صحته ايضا الا انه
يدعي سببية صيغة العتق عن المالك للملك وان كانت مشروطة باذن غير المعتق مع
احتمال مقارنة الاذن بالاصل بعد الاطلاق والمسئلة محل اشكال ومن جميع ما ذكرنا
فالظاهر الحال في وفاء الدين فانه يجري فيه الفضولي سواء كان من العقود او الايقاع
وثمرة جريانه رجوع المولى الى المديون بعد الاجازة وهل يجري في ضمان التلف او الاتلاف
قيل نعم لانهم ذكروا في الديات انه لو قال بعض اهل السفينة لصاحبه الق متاعك
في البحر وعلي او علينا ضمانه صح واطلاقه يشمل فيما لو رضي اهل السفينة بعد الالقاء
وفيه منع الشمول ومنع الدليل على فرضه لان الفضولي انما يجري فيما لو كان السبب المجاز
قابلا للتاثير بعد الاجازة واتلاف الانسان مال نفسه ليس قابلا لضمان الغير وكونه سببا
للضمان مع سبق السؤال انما هو لصدق الاتلاف والنسبة الى السائل او للنص تعبدا
ولا يأتي شيء منها في الاجازة كما لا يخفى فلابد في كون الاجازة سببا للضمان المجيز
من دليل اخر مفقود ومن هنا يتطرق الاشكال في اداء الدين لان المؤدي
ان قصد التبرع فقد اتلف ماله وهو واضح وان قصد الرجوع الى المديون
فهو قصد ليس في محله لانه كمن اتلف ماله وقصد الرجوع الى من يرضى به وقد
عرفت انه لا يجدي في الضمان اللهم الا ان يكون الوفاء معلقا على اجازته فح لا باس برجوعه
الى المجيز ودعوى بطلان العتق في مثل المقام غير واضحة لكن مقتضاه كون
الاجازة ناقلة ولذا تعلق على اجازته جاء من قبل المؤدي في نفس الاداء
لان الشرع تعلق النقل على الرضاء حتى يطبقه على الكشف وهذا هو الوجه الذي
وعد فاك في توجيه المحكي عن كاشف الغطاء من ان الاجنبي لو ادى الحقوق

المالية العبادية عمن هو عليه ثم اجاز صح ورجع اليه وتوضيحه ان الوفاء عما في ذمة
الغير او في صدقة اذا كان معلقا على الاجازة كالوفاء مشروطا ومعلقا فان حصل الشرط
حصل الوفاء من حينه اذ لا يعتبر فيه ابتداء القبض بل يكفي العقد والتعيين مع الاستدامة
ايضا وحصل الامتثال ايضا لان الاجازة ح كالاذن المبتدأ في التسبيب وان لم
يحصل بقي المال على ملك الموفي ولا فرق بين بقاء عينه او تلفه نعم لو كان التعليق
باطلا كما في العقود لم تجد الاجازة ولا تصحح فلو رهن مال نفسه على دين الغير
فضولة معلقا على الاجازة فاجاز لم يصح لان العقد كان باطلا للتعليق والاجازة
غير قابلة لان تكون صيغة للرهن وعن كشف الغطاء التسوية بينه وبين المال
المرهون والحجر عليه مع اجازة من له الولاية فان اريد اراد بالمرهون ما ذكرنا اعني
الرهن على دين الغير فضولة مراقبا للاجازة ففيه ما عرفت وان اراد رهن مال الغير على دينه
فضولة الذي صرحوا بصحته فلا مساس له باداء الاجنبي الحقوق المالية العبادية عن الغير
وان اراد تصرف الراهن والمفلس مثلا في المرهون والمحجر كما هو الظ ففيه ان
التصرفات فيهما مختلفة في ذلك فمنها ما هو الصحيح قطعا موقوفا على الاجازة كالبيع
ومنها ما هو محل اشكال كالعتق فيكون مثل اداء الاجنبي وهل يجري في القبض
كما عرفت في كلامه المحكي سابقا ففيه اشكال اذا كان الحكم مترتبا على القبض المصدري
اعني الاقباض دون القبض بمعنى الاقباض فانه يحصل بالاجازة اذ لا فرق بين الابتداء
والاستدامة اذا كان الحكم مترتبا على استيلاء المقبوض عنه ومن هنا يقل الجدوى
في اجرائه في القبض اذ لا يعتبر فيه حيث يعتبر ذلك المعنى الحدثي للمصدري نعم بعض
المقامات يتطرق الاشكال في جريان الفضولي فيه من جهة اخرى كان كان المقبوض
عنه غير مستحق له بشخصه فلو قبض عن الفقير زكوة او خمسا ثم اجاز الفقير اشكل الصحة
ولا لتزام باثار القبض من حينه لا من حين الاجازة لعدم الدليل وان كان الفقير ما

لا كالتوكيل

كالتوكيل فيه فان قبض الاجنبي فهو الوكيل قبض من الموكل مستند اليه فلا مانع من ترتيب
اثار القبض عليه وهو الخروج عن ملك الدافع والدخول في ملك الموكل واما قبض الاجنبي
فهو من حيثه ليس مخرجا له عن ملك الدافع الا على القول بكفاية القول في التعيين وهو
كلام اخر ولا مدخلا في ملك المصرف المقبوض عنه قطعا لعدم وصوله اليه ودخوله بعد
الاجازة من حين القبض الذي هو معنى ثبوت الفضولي فيه لا دليل عليه نعم بالاجازة يحدث
للقابض وكالة عن المقبوض عنه فيكون يده يده بعد الاجازة لان الاستدامة كالابتداء
يحصل له الملك من حين الاجازة لا من قبل وكذا الحال لو قبض عن الموقوف عليه في
العام فضولة فان تاثير الاجازة ايض محل كلام اذا كان الوقف على الجنس فان المقبوض
وان لم يكن ملكا للدافع قبل القبض الا انه ليس ملكا لشخص معين من الموقوف عليهم ايض
ولا دليل على دخوله في ملكه بقبض الفضولي من حينه بعد الاجازة هذه جملة من الكلام في
مجاري الفضولي في ابواب الفقه اقتضاها المقام مقام البحث في ذلك يحتاج الى سبر تام وتتبع
الهادي الى سواء الطريق المقام الثالث في الاجازة والكلام في موضوعها وفي شرائطها
تاثيرا وفي احكامها فهنا فهنا مقاصد الاول في الموضوع وبيان الماهية وذكر ما يعتبر فيها
وما لا يعتبر وفيه مسئلتان الاولى يعتبر فيها ان يكون العلم برضاء من له الامر حاصلا من فعل
او قول او غيرهما ولا يكفي مجرد العلم به من دون كاشف على الاظهر المنسوب الى الاكثر
ويدل عليه بعد الاصل وظهور الاجماع قوله تع تجارة عن تراض لان مجرد الرضا من
غير ان يكون منشأ للتجارة ولا للالتزام باثارها مما لا اله للمجاوزة بل مقتضاها كون
التجارة او الالتزام بموجبها ناشئة عن الرضاء سابقا او لاحقا حسبما مر في الاستدلال بها
على صحة الفضولي وقد يقال او قيل بعدم الاشتراط واستدل له بوجوه [illegible] انهم
صرحوا بان السكوت مع العلم لا يكفي في الاجازة معللين له بعدم الدلالة على الرضاء لا بعدم كشفه
عنه وهذا يدل على انهم لا يقصدون من الاجازة الا بدل من الرضاء فكان الثقافا [illegible]

في ملك

لا يناسبه م

٥

انه اذا رضي بالعقد يتوجه اليه قوله تع اوفوا بالعقود ودخل تحت التجارة عن تراض و
حديث العروة لانه تصرف في اطلاقه الشاة المشتراة اعتمادا على الفضولي قبل
الاجازة ويلزم العلم برضا النبي ص بالمعاملة فلا تخرج عن حكم الفضولي لم يجز له
ذلك لو علم [illegible] لعدم القول بالفصل ولاتحاد طريق المسئلتين [illegible] انهم استدلوا
على صحة الفضولي بان العقد جامع للشرائط سوى الرضا فاذا لحقه كان صحيحا فانه كالصريح
في ان الشرط هو الرضا ليس الا [illegible] انه ذكر بعض انه لو حلف لزم على عدم التوكيل
فنسخ العقد لان الحلف يدل على كراهته ومقتضاه [illegible] كونه كافيا في اللزوم ولان [illegible]
وارد منقا للاذن وذكروا ان سكوت البكر تكفي في الاجازة لانه دال على الرضا وقد ورد
فيمن زوج نفسها في حال السكر انها لو افاقت كان هذا رضا منها وانه لو زوجها الزوجان
كان لها اختيار من شائت من الزوجين ولو دخلت على احدهما كان اجازة و ورد [illegible]
في عدة اخبار ان سكوت للولي بعد علمه تزويج العبد اقرار منه عليه وان قال المولى
العبد المتزوج بغير اذنه طلق يدل على امضاء النكاح وان تصرف ذو الخيار فيما
انتقل اليه رضا منه ثم ان الاكتفاء بالفعل الكاشف عن الرضا كاكل الثمن وتمكين الزوجة
ونحوهما كما هو خيرة الكل والجل مبني على اناطة الصحة بالرضا لا على سببية اللفظ وملخص
الوجوه الى ظهور [illegible] القوم والادلة في كفاية الرضا ولو لم يكن منكشفا عن فعل
او قول وفي الكل نظر لان التعليل بعدم دلالة السكوت على الرضا لا ينافي اعتبار الكاشف
مع الرضا كما ان تعليل بطلان الصلوة بعدم الطهارة حال الاستدبار لا ينافي
شرطية الاستقبال [illegible] فدعوى ان وجود الكاشف لو كان شرطا لكان الاستدلال بعدمه
[illegible] لا بعدم دلالة السكوت على الرضا مدفوعة اولا بما ذكر وثانيا ان الاولوية معكوسة
لان العلم بالرضا يعتبر قطعا [illegible] بخلاف اعتبار الكاشف فانه ليس بتلك
المثابة فكان التعليل بانتفاء المتفق عليه البديهي اولى مع ان السكوت في مقامات البيان

من ذلك الاتفاق على ... قبل الاجازة ... الرضا ... الاجازة

اقامت معه [illegible]

يا معين يا الله تمم

يجري مجرى البيان شرعا وعرفا في الادلة وفي الموضوعات فيكون من الكاشف الفعلي
كالتقرير وعدم الردع في محله ولو كان عدميا اذ المعتبر هو الكاشف في قبال كفاية العلم
بالرضا الباطني من دون بيان قيام امارة عليه من جانب المالك سواء كان وجوديا
او عدميا ومنه يظهر الجواب عن الامور المذكورة اخيرا من سكوت البكر وسكوت المولى وقوله
طلق وتصرف ذي الخيار فان الكاشف موجود في هذه المواد كلها واما الاستدلال باوفوا
بالعقود فقد عرفت في صدر المسئلة سقوطه عن ادلة الفضولي واما ولو سلم دلالته عليه
فالقدر المسلم منها لو حصل عن المالك ما يدل على الرضا حتى يكون له ادنى ملابسة
بالعقد الواقع والا فلا يتفاوت الحال بينه وبين الاجنبي في عدم المساس لها بالعقد
الصادر من غيرهما واما قوله تجارة عن تراض فهو بالنسبة الى الدلالة على خلاف المقصود
اولى واحرى كما اومانا اليه في الاستدلال على الخلاف واما الاستدلال الاكتفاء بالكاشف
الفعلي فعلى القول به في المقام لا يدل على دوران الصحة مدار الرضا الباطني الغير المنكشف
بشيء الا ترى ان العقود الجايزة مثل الهبة والوكالة ونحوهما يكفي فيها الفعل ايجابا
وقبولا مع انه لا يكفي وجودهما فيهما في نفس الموجب والقابل من دون انشاء فعلي
او قولي كيف ومدار العقود والايقاعات على الانشاء الكاشف عما في الضمير فكيف
يلتزم بترتب اثارها على المعاني النفسانية الغير البارزة بوجه ودعوى صحة بيع المكره
اذا رضي بعد العقد على ما هو المبهم لو الكلام فانه كقوله بكفاية الرضا [illegible]
مقام بيان عدم اعتبار مقارنة الرضا لا في مقام بيان عدم اعتبار شيء اخر ثم لو سلم ظهور
كلمات الاصحاب في المقامات المشار اليها في الكفاية فهي معارضة بكلمات اخرى
منهم اظهر في عدم الكفاية فانهم جعلوا من شروط العاقد كونه وليا اما بالملك او بالاذن
وفرعوا عليه بطلان الفضولي ولا ريب ان مجرد رضا المالك بصدور العقد من الاجنبي
من دون انشائه منه اليه لا يجعله وليا بل هو مندرج تحت الفضولي ومقتضاه اعتبار

الكاشف

الكاشف في الاجازة ايضا لان ملا يكفي في الاول لا يكفي في الاخر بطريق اولى يدل
عليه ايضا حديث العروة لانه من اعظم ادلة الفضولي عندهم مع علم عروة برضاء
النبي صلى الله عليه وآله فهو على عكس ما زعمه المستدل اولا ودعوى الفرق بين خروج العقد بنفسه
عن الفضولي وبين الاجازة في الاكتفاء الى الكاشف شطط والنجح وكذا يدل عليه ملزم
صحة الفضولي مع النهي اذ لو كان الرضاء كافيا لكانت الكراهة المستفادة من المنع المستمرة
بعد البيعة ردا فلابد من حمل كلماتهم الظاهرة في الكفاية على نحو ما ذكرنا جمعا والعجب من شيخه
واحد من الاساتيد حيث استقربوا كفاية العلم بالرضاء لولا مخالفة الاجماع اتفاقا الى ما ذكر
من الرجوع مع انما الوهم شيء لا يفيد ومما ذكر من الظن خصوصا مع ملاحظة سقوط المالات
النفسانية عن درجة الاعتبار في العقود والايقاعات ولو لحقها ما يجعل سببا او شرطا
او مانعا من الامور الراجعة الى الوضع راسا بل الظاهر استقرار طريقة الناس وبناء العقلاء
ايضا على ذلك نعم لقائل ان يقول كما ان يكون النزاع بينك وبينهم لفظيا الا
اذا ادعيت اعتبار الكاشف الوجودي فالوجوه المذكورة نافية له ولا الكشف بالعدمي
ايضا كالسكوت في المواضع المشار اليها سهل الخطب وكان الامر لا يظهر بعد ذلك
ثمرة عملية من الاكتفاء بالرضاء الكاشف العدمي مع ان العدم ليس منشأ للاثر ولا
للتأثير فلابد من مواضعهم من القول بعدم اعتبار الكاشف راسا اذ من البعيد كونه
السكوت مثلا ونحوه من الكواشف العدمية سببا تعبديا بل الانصاف الاشكال في ثبوت
السببية التعبدية للوجودي ايضا كما عرفت في طي الاستدلال فلا محيص عن القول
بعدم اعتبار الكاشف اصلا لولا الاجماع كما هو المظنون بعد ما عرفت من كلماتهم
ولكنها مما لا منافية له كما ان المنافات من غيرها يكون عليه شاهد سوى ما عن التذكرة
من نسبة عدم كفاية السكوت مع العلم الى علمائنا ولا دلالة لا من باب الاطلاق
الشامل لصورة العلم بالرضاء الممنوع اشد المنع نعم المظنون كما نفى عليه المحقق

الثاني

الثاني في محكي باب الوكالة وصرح به بعض مشايخنا فذهبا من غير اشارة
الى الخلاف ان العقد المعلوم برضاء المالك المقارن معدود عندهم ايضا من الفضولي وهو
مناف للاكتفاء في الاجازة بالاولوية ايضا الا ان يدعى الاولوية بل المساوات ايضا
لان الابتداء غير الامضاء والاستدامة فلا غرو في توقف الخروج عن كونه فضوليا
على الكاشف الوجودي وعدم توقف نفوذ العقد الصادر من الفضولي على ذلك
بل على مجرد الرضاء وطيب النفس كما هو مقتضى الادلة وما ذكرنا يعرف النظر في كفاية
الاجازة بالرواية ايضا الذي هو من اقوى الشواهد على اعتبار الكاشف فيها
اذ لا مانع من التفكيك فيهما والفرق بينهما بدعوى عدم كفاية الكراهة في الرد فلا
يمنع النهي السابق عن لحوق الاجازة لكن يكفي فيها العلم بالرضاء خصوصا بعد
ما تعرف ان مانعية الرد للاجازة مخالف للقاعدة ثابت على تقدير من الدليل
هذا ويمكن ان يقال ان كان متعلق الرضاء نفس البيع فهو لا يكفي وان كان متعلقه
صدوره من العاقد ومباشرته له فهو كاف في الموضعين اعني الخروج عن الفضولية
ونفوذ الاجازة ولو لم يكن عليه كاشف لان الثاني يوجب توجه خطاب اوفوا الى
المالك بخلاف الاول لان الرضاء بنفس المعاملة من دون الرضاء بمباشرة من باشرها
لا يوجب ارتباطه بالمعاملة الجزئية الشخصية حتى يتوجه اليه الامر بالوفاء والفرق
هو ان الاول رضى بالكلي والثاني بالجزئي الموجود في الخارج ومتعلق الامر بالوفاء
انما هي الجزئيات الخارجية عن المعاملات الكلية دون الكلي ويمكن ان يقال ايضا
التفصيل بين المقامات وهو الاقتصار على خصوص سكوت المولى بعد العلم بتزويج العبد
للغير والرجوع في البيع ونحوه الى الاصل ودعوى الاولوية قد عرفت ما فيها في صدر
الباب والحاصل انه لا مانع من التفكيك والتفصيل بين المقامات والوقوف على الدليل
في كل مقام فان قام على كفاية مجرد الرضاء اتبعناه والا فالعمل هو الاصل ودعوى

لاجماع المركب فى امثال لا انقضى كلامى بجازوا ومتعسف وهذا نظر حسن فى المسئلة
بعد غير محلولة والله الهادى الثانية فى النقل عدم اعتبار لفظ فيها فضلا
عن لفظ مخصوص وفاقا الغير واحد من مشايخنا خلافا للمحكى عن صريح التنقيح
وظاهر جمع ومفتاح الكرامة لما عرفت من الوجوه الناهضة بعدم اعتبار الكاشف
راسا فكيف عن خصوص اللفظ ولفظ مخصوص وربما يستفاد الخلاف من الشهيد
ايضا حيث قال فيما حكى الحواشى باعتبار اللفظ فيستفت فى الرد وانه لو قال لم اجز كان
له الاجازة بناء على مساواة الرد والامضاء فى ذلك وهو ضعيف بناء اومبنيا عليه بل
عرفت ان الامضاء يكفى بمجرد الرضا فى جراحتى ذهب اليه بعض مشايخنا نعم
لكنك عرفت تحقيق المسئلة وقد يستدل على اعتبار اللفظ بل اللفظ الصريح بقوله عم انما
يحلل الكلام ويحرم الكلام واجيب بانه لا يتاتى فى الشروط بل فى الاسباب خاصة
وفيه ضعف الا ان الحديث كما عرفت فى شرائط الصيغة ليس له ظاهر ينفعنا فى لا
مراجع مضافا الى احتياج الاستناد فى المسئلة الى الاطمينان بعدلة من الاحوط
وليس فى تصريح من عرفت من يقوم به الكفاية وقد يستدل ايضا بعد الاصل بان
الاجازة امضاء المضمون البيع السابق وبها يحصل فائدته لا بالعقد السابق
فلا بد لها مما لا بد فى عقده وبانها تجرى مجرى العقود اللازمة لا خلاف فى اعتبار
اللفظ فيها بل كما عرفت وتعرف انها بيع حقيقى عند بعض فالدليل القائم على اعتبار
فى العقود اللازمة ات هنا بنفسه او بمناطه قلت لو تم ماذكر فقلنا بالتفصيل
بين اجازة العقد اللازم والجائز مع انه ممنوع بما مر من الادلة المذكورة فى المسئلة
الاولى المخصصة لذلك الدليل على فرض شموله لان منها اجازة العقد ما ورد
فى اجازة النكاح الذى هو اشد العقود اللازمة مداقة فى الصيغة فالاقوى الاكتفاء بكل
وجودى اوعدمى فعلى اوقولى المقصد الثالث فى شروط تاثيرها بين

ما يتعلق

ما يتعلق بالاجازة او بالعقد المجاز او بالمجيز وهى امور الاول ان لا يسبقها رد
ذكره شيخنا فى مستظهرا الاجماع عليه وادعاه صريحا بعض مشايخنا وكذا بعض
المحققين فى الايراد على حديث وليدة الذى استدل به على الفضولى بانه متضمن
لما لا يقول به احد من الصحة بعد الرد وكذا كل من استدل به اورد عليه بذلك ولم
يجب عنه الا بمنع الدلالة عليه وقد عرفت من المحكى عن الحواشى ما هو كالصريح
فيه بل المنع عدم الاعتداد بالامضاء بعد الفسخ والرد فى جميع الالتزامات
على ما قيل ويدل عليه بعد الاصل والاجماع ان الاجازة بمنزلة القبول للايجاب
اذ لولاها لما توجه الامر بالوفاء وقد تقرر فى شرائط الصحة ان تخلل الرد ونحوه
مما ينافى صدق العقد الذى بمعنى المعاهدة بين الايجاب والقبول مبطل لها
مقتضيا عن السلطنة ان يكون للانسان قطع علاقة الغير عن ملكه فله ان يبطل اثر
الايجاب بالنسبة الى المشترى القابل والانصاف لولا الاجماع لم يكن فيما ذكر دلالة على المدعى
اذ الاصل لا يعارض الدليل ومقتضى العمومات والادلة الخاصة كلها خصوصا خبر
الوليدة جوازها لانه نظير الرجوع فى الهبة بعد اسقاط حق الرجوع وستعرف انا
نفرقها من احكام الحق من الحقوق القابلة للسقوط بالاسقاط ومقايستها با
القبول ليس فى محلها بل الاولى مقايستها بالقبض ونحوه من الشروط المعتبرة
فى العقد اى الرضا ليس هو الا احد من الشروط ولا اظن كون تخلل الرد بينها
وبين الشروط مفسدا عندهم مع ان الكلام فى المقيس عليه لا دليل عليه سوى العقد
المستفاد من الاجماع كيف ولو كانت مثل القبول لكان اللازم مراعاة الموالاة بينها
ايضا وكذا سائر ما هو معتبر فى الصيغة اما الاجماع ففى النفس منه ايضا شئ
اذ لا امارة عليه من الفتاوى سوى ملتمس بال بعض من نظر فى جمع وليلاء من
السؤال والجواب من الاساطين والاجلاء الاعلام ممن وافقه والفقه ممن تاخر ومثله لا يفيد ظنا

فيه دلالة ان اجازة الرد فسخ ولو ترك للاجير كان له الاجازة فيدل على انه لا اجازة بعد الرد اصلا فى العقد
منه

اذ النقل لمقام والنقض والابرام فى الادلة مقام اخر فان الثانى يحتمل فيه من
المسامحات ما لا يحتمل الاول خصوصا ما اذا كان مقتضى الادلة خلافه [illegible] ذكروا
كانه لو لم يجز المالك يرجع المشترى بالاصل الى البايع بما اغترم لو كان جاهلا ويدل
بالالتزام على فساد العقد فقد يتوهم شموله بالاطلاق لصورة الاجازة بعد الرد
[illegible] ولكنه توهم فاسد لكونه مسوقا لبيان حكم عدم الاجازة فهو ساكت
عن حكمها بل [illegible] كون العكس اولى مع ان الرجوع الى البايع معلق على عدم الاجازة
منه لا على خصوص عدم الاجازة قبل الرد [illegible] من شروط الاجازة
مطابقتها للعقد كما نبّها على ما ذكره جملة من الاعلام جازمين به فى بعض الصور
مرددين فى اخرى فهنا صور الاولى [illegible] ان يجيز البيع فى البعض مشاعا او معينا و
ذكروا ان المخالفة هنا غير مضرة بتبعض الصفقة ويكون للاصيل خيار التبعض مع
الجهل [illegible] كما هو [illegible] بعض الاعلام ولا اشكال فيما ذكروه بناء على جواز
الفضولى فيما لو باع ما يملكه بصفقة واحدة كما هو [illegible] للفرع الى الاصل
كلا عن الاردبيلى [illegible] فذهب الى الفساد لان التراضى انما وقع على الكل
البعض واما بناء على [illegible] فليشكل فى مالك واحد [illegible] لاتحاد الدليل وكذا
فيما لو كان البيع لاثنين فاجاز احدهما دون الاخر نعم ما عن الشافعى
من الفساد لا مساس له بالمقام لان المحكى عنه ظاهر فى البطلان فى اب البيع
لاثنين بل ولو مع الاجازة حيث جعله بمنزلة من تزوج باختين او باع درهما
بدرهمين وكذا ما عن الخلاف المبسوط من فساد البيع اذا كان مع الاجازة الى
اثنين منه او مع اختلاف اجزاء المبيع فيه كما اذا كان عبدين فانه ايضا
اجنبى عن المقام وعن المبيع ما يملك وما لا يملك ايضا لان نظره الى غير
البعض الذى يحصل من رد المالك بل الى ان تعدد المالك يقتضى تعدد البيع

١٢٨

فلزوم الجهالة فيما يخص باحدهما من الثمن ثم على القول بالصحة كما هو الحق
من كون تبعض الصفقة فى المحل المبيع عليه موافقا للقاعدة ولو كان البعض
المردود والمجاز مختلفين فى القيمة تسقط قسط الثمن فيقوم المجموع ثم يقوم احدهما
منفردا او يلاحظ النسبة بينهما فيؤخذ من الثمن بتلك النسبة وجوه واقوال
اخر [illegible] فى المقام الرابع [illegible] الثانية ان تجيز الكل مع وقوع العقد
على البعض وهذا لا اشكال ظاهرا فى عدم تاثيرها ولو قبل المشترى بعد
العلم بالان الاجازة ليست من صيغ البيع فيكون دخول الزايد فى ملك المشترى
بمجرد التراضى من دون صيغة ولا معاطاة [illegible] الثالثة ان يكون العقد مشتملا
على شروط فاجازه بدونه ففيه وجوه احدها [illegible] الصحة مراعى بقبول المشترى
ثانيها الصحة منضم مع ثبوت الخيار له ذكرها بعض المحققين وثالثها
الفساد بناء على عدم قابلية العقد للتبعيض من حيث الشرط وامكان قابلاله
من حيث الجزء ذكره الاستاد وفيه قلت لا اشكال فى ضعف الاول
لان قبول المشترى بعد الاجازة لو اثر لاثر فى الصورة الثانية ايضا وقد عرفت
فساده والوجه الثالث ايضا ضعيف اذ لا يتوقف الصحة على التبعيض ولا وجه
له ايضا فان الشرط الساقط فى العقد اما ان يوجب سقوط العقد ايضا
كما عليه القائلون ببطلان العقد بفساد الشروط او يوجب الخيار لو كان الصحة
فالتبعيض غير لازم من سقوط الشرط قطعا ولذا قيل ان الصحة هنا مبنية
على القول بعدم فساد العقد بفساد الشروط وان لم يكن هذا ايضا فى محله
لان سقوط الشرط هناك جاء من الشرع وهنا من المالك فالاظهر هو الوجه الثانى
الحاقا بمخالفة المشروط عليه قصورا او تقصيرا الرابع ان يزيد فى الاجازة
شرطا على العقد المجاز ففيه [illegible] وجوه احدها وهو الاوجه الفساد لما

لقد ذكرنا ان الجمع من [illegible]
[illegible]

الفضـ[illegible]

مـعـ

من عدم التسبب لاستحقاق المالك على المشتري شيئاً سوى العقد المفروض عدم اشتماله عليه و[illegible] الصحة مع الشرط اذا رضي الاصيل الحاقا للاجازة بالقبول بناء على صحة الشرط في غيره كما انه مال اليه لو قال به بعض المحققين [illegible] الصحة بدونه الحاقا له بالشرط السابق او اللاحق بناء على عدم كفاية وقوعه في خير القبول او عدم كون الاجازة مثله في ذلك فيكون كالشرط المفروض لا ذكر الثالث من شروطها علم المجيز باصل العقد وبنوعه وبخصوصياته المعتبرة علمها في صحة العقود فلو اجاز مع الشك على تقدير الوقوع او عدم احراز جنسه كان لا يدري انه بيع لامتعة او نكاح لها او نوعه فلا يدري انه صلح او بيع او مع عدم تشخيص المثمن والثمن او غيرهما لم تصح للغرر المنهي عنه على وجه العموم او لم نقل بان اجازة كل عقد لاحقة به في عدم تحمل الغرر ولا فلا اشكال في الفساد ولا اشكال في المجاز اعني البيع والنكاح وامثالهما ويضعف بمنع العموم على وجه يشمل الاجازة لانها في قوة الوكالة التي يدخلها الغرر والجهالة حيث يجوز التوكيل في الشراء من دون تعيين وكذا في النكاح ولاجل ذلك ذهب بعض المحققين الى الصحة في المقامات المشار اليها مطلقا ورد بان الجهالة في الوكالة مجبورة بوجوب مراعاة المصلحة على الوكيل فلو خالفها كان للموكل الرد فلا غرر وفيه ان مراعاة المصلحة غير رافعة للجهالة اذ المصالح تختلف ولو تساوت في الزيادة والنقصان لغرو مغتفر في الوكالة فكذا في الاجازة [illegible] على القول بعدم اغتفاره فيه حتى لو وكل في شراء عبد او كل من غير تعيين بطل كما هو احد القولين كان الامر [illegible] في الاجازة الا ان يقال ان اطلاق الوكالة تعيين لكونه تفويضا للامر الى الوكيل وانما يعدون المعلوم من العارف فلا جهالة فيه ولا غرر وهو لا يأتي في الاجازة كما لا يخفى فلا وجه للمقايسة بينهما فالاصح ما جنح اليه شيخنا الاستاد قده من المنع اما العموم النهي عن

الغرر او نهوض ادلة عدمه في المجاز في الاجازة لان المجيز بمنزلة الموجب او القابل في كونه هو المامور بالوفاء بالمعاقدة فكيف يكون الغرر مانعا عن صحة البيع [illegible] مانعا عن صحة الاجازة مع كون الامر بالوفاء لا يتوجه الا بعدها الرابع استجماع العقد للشروط المقررة له سواء رجعت الى نفسه او الى العاقد او الى العوضين لعموم ادلتها القاضية بالاشتراط وتوقف تاثير العقد عليه وهو واضح في الكل سوى بعض [illegible] من دليله ان الباقي شرائط تاثير الصيغة بل الترتب الاثر عليه كالقدرة على التسليم فان الاكتفاء بوجودها عند الاجازة غير بعيد كما جنح اليه شيخنا الاستاد قده وتبعه بعض المحققين والاصح اشتراطها [illegible] في حق الاصيل واما الفضولي فلا يعتبر قدرة الوكيل على التسليم ومثلها في الاكتفاء بوجودها حال الاجازة اسلام الاصيل في شراء المصحف وعبد مسلم على ما ذكره لكن فيه ايضا اشكال بل منع لان عدم سبيل الكافر على المؤمن انما يجري مجرى الحكمة دون العلة فلا يناط به الحكم التعبدي مع انه لا يجري في شراء المصحف ودعوى ان الممنوع انما هو دخول المسلم والمصحف في قبض الكافر وسلطنته وهو مفقود في المقام للاتفاق على عدم جواز ترتب الاثر من القبض والاقباض على عقد الفضولي مدفوعة بان الممنوع على ما يقتضيه ظاهر الفتاوى بل الادلة دخولهما في ملكه وهو هنا حاصل بناء على الكشف واما على النقل فلا بعد في الاكتفاء باسلامه حال الاجازة اقتصارا في تخصيص العمومات على القدر الثابت من اشتراط الاسلام وهو ما اقترن بان دخولهما في ملك المشتري ويحتمل الاكتفاء على الكشف ايضا بناء على اختصاص حكمه بزمان الاجازة فلا يكشف عن ملكه في الزمان السابق على اسلامه حتى ينافي ما دل على دخول المسلم او في ملك الكافر فالكشف والنقل هنا بحكم واحد فافهم وهل يشترط بقاء الشرط الى حال الاجازة او لا يشترط مطلقا او مبني على الكشف فلا والنقل فنعم وجوه اجودها

الغرر

الفرق بين الشروط فيما يرجع الى صفات العقد والعاقد فلا شرط لوجن او اغمي او مات
لم يقدح وممّا يرجع الى العوضين مالم يدخل الاجازة بسبب دون التالي المعلل المعاملات
السفهية فلو ذالت الملكية فان عادت حال الاجازة بان صارحيوانا بعد ان انقلب
دما نجسا فلا باس ولا لم يؤثر لعدم القائل فيها ويحتمل التاثير كما احتمله بعض المحققين
ولوجه على القوم بالكشف دون النقل ... الثمرة في كون التلف من المشتري وكذا
قال وهو مناف لقاعدة كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بايعه فان نفوذ الاجازة
على الكشف قاض بكون التلف من المجيز فكيف يكون من المشتري ولا صح عدم الثمرة امكانا
لنا انه كما عرفت لان يكون المشتري قد قبض المبيع واجاز القبض ... ولم قلنا
بجريان الفضولي فيه كما هو واضح ولو انعكس الفرض بان كانت الملكية مفقودة حال
العقد فحدثت لم يؤثر على الكشف والنقل وكذا ساير الشروط اذا فقدت حال العقد
لم ينفع حدوثها عند الاجازة تبني على الوجهين واما ما يرجع الى عدم المانع كالاسلام
وسلامة العوض عن تعلق الغير واشباهها ... بناء على الكشف عدم اعتبار
استمرارها الى حال الاجازة ولعلنا نشرح بعض ما يتعلق بالمقام في ثمرات الفرق بين الكشف والنقل
ويأتي ... في الشرط الخامس ما يرتبط بالمقام وهو ان الشرط ... ان يكون
العقد مجيز تابلا للاجازة حال صدوره على ما في القواعد وعن التذكرة وحكاه في الثاني
عن ابن حنبل وعن بعض العامة خلافا لما يحكى عن ابن متوج البحراني والمحقق والشهيد
الثانيين وكل من عثرت عليه من متاخري المتأخرين لمسألة بل في كتاب الاستاد الحسيب
المذكور انه من خصايص العلامة واستدل له في جامع المقاصد بان صحة العقد في هذا
المال ممتنعة فاذا امتنع في زمان امتنع دائما وبلزوم الضرر على المشتري لانه لا يقدر على التصرف في المبيع
ولا في الثمن كما يأتي ذكر الاحكام واجاب عن الاول بعد النقض بما اذا كان المجيز بعيدا لا يمكن

الرجوع اليه حال العقد بانه لا دليل على اشتراط كون العقد قابلا للصحة في جميع الاوقات
بعد عموم اوفوا واستدل بعض اهل الدقة من الفقهاء المعاصرين على الاشتراط بانه
اذا خرج العقد تحت اوفوا الى ان احتاج دخوله ثانيا الى دليل ... فيان الخروج
ان كان من باب التخصيص كان الامر كما ذكره وان كان من باب التخصيص لعدم وجود
موضوع للامور بالوفاء ... عموم الاية بالدلالة بعد تحقق الموضوع وهذا الى
من الدخول بعد الخروج كما لا يخفى مع ان دليل الصحة غير منحصر في اوفوا فلانم خروجه
عنها اصلا فالاولى ان يرد الاستدلال ... بما ذكره المجيب حيث اعترف بالصغرى
ومنع الكبرى فنقول ان اريد بالصحة الصحة الفعلية منعنا اعتبار اتصاف العقد
... كيف ولو بني على ذلك لزم فساد اكثر الفضولي ضرورة عدم كفاية وجود
المجيز بل لا بد من علمه وابتائه ونحوهما مما يتوقف عليه الصحة الفعلية وان
اريد بها الصحة الشانية بمعنى استجماعه لجميع الشرائط سوى اذن الولي منعنا ا
... وعن الثاني بان الضرر يندفع به في الصورة المنقوض
بها بانه ان كان جاهلا كان له الخيار وان كان عالما بالحال فقد اقدم على الضرر
... قد يقال ان الاقدام على العقد في صورة النقض سفهية خارج عن فعل
العقلاء فيكون فاسدا اصلا النقض ... مع ان ... دخول تلك الصورة
في محل النزاع كما ... من المحكي عن العلامة حيث جعل عدم تمكن الولي من
التصرف من موارد عدم المجيز حال العقد والفرق بين المالك والولي في
ذلك تحصل له ويمكن الجواب عن الضرر بما ذكرنا في محله وقد يستدل له
... بما يرشد اليه كلام بعض المحققين في المقام من ان العقد مع عدم
وجود ذات المجيز او مع عدم اتصافه بقابلية الاجازة لصغر او جنون ونحو
وقد وقع عدما نخايع عن سلطانه اما لعدم الوجود او لعدم اهلية الاجازة

في زمان ممتنع

ولو بالمباشرة او التوكيل وقصوى ما ثبت للاجازة كونها مثل التوكيل فلو فرضت
فيما لا سلطنة له عليه زاد الفرع عن اصله ولا يخلو عن وجاهة ويحتمل اعمية
اصله ولا يخلو رجوع الدليل الاول اليه ويمكن ان يجاب بان بناء الفضولي
على نفوذ الاجازة في السابق كاللاحق ومعناه سلطنة المجيز عين الاجازة
على الماضي والمستقبل فكل ما هو مسلط عليه حينها فهو مسلط عليه لو فرض قبلها
هذا وقد يستدل [illegible] بان الاجازة قائمة مقام الاذن السابق فيدور صحتها
وفسادها مداره ومقتضاه الفرق بين عدم ذات المجيز فيصح لانه لو كان موجودا
اذ كان العقد صحيحا وبين فقدان اهلية الاجازة فلا لعدم كفاية اذنه السابق
كالمجنون فكذلك اللاحق وهذا الوجه لكن كل ذلك اجتهادات في مقابل النص لان من ادلة
الفضولي الاخبار الواردة في تزويج الصغيرين فضوليا الناطقة بنفوذ اجازتهما
بعد البلوغ وهي صريحة في الجواز بناء على عمومها اذا لم يكن للصغيرة ولي النكاح
بان فقد الاب والجد ومنعنا عن ولاية الحاكم على نكاحه لكنها مختصة بعدم
الوصف واما مع عدم ذات المجيز فلا نص [illegible] واعلم ان العلامة في القواعد بعد
ان استقرب اشتراط كون العقد مجيز اوفاقا للمحكي عن ابي حنيفة قال فلو باع مال
الطفل فبلغ واجازه نفذ على اشكال وكذا لو باع مال غيره ثم ملكه واجازه
و[illegible] عدم كون الثاني مثالا للمسألة خلافا لجامع المقاصد حيث جعله
مثالا لما اذا فقد ذات المجيز وهذا مبني على انه حمل عبارة المتن على
ذلك او على ما يعمه وما اذا فقد الوصف مع وجود الذات وفيه مع كونه خلاف
[illegible] العبارة ان ذات المجيز غير مفقود هنا لا شخص المجيز ولا نوعه ضرورة
كون المالك الاول مجيزا موجودا حال العقد مستقلا باهلية الاجازة والمالك الثاني
اعني البايع ذاته ايضا كانت موجودة فكيف يكون مثالا لفقدان ذات المجيز

مع ان فقدان

مع ان فقدان ذاته لا هو حاله ولا متعقبه بالبيع اذ كل مالك له القابلية عادة الا من علم
كونه قابلا للاجازة بحجر ونحوه [illegible] كما فهمه العلامة او الجل كون المراد انتفاء القابلية
مع وجود الذات كالمثال الاول وكيف كان فعن الشهيد قده في الحواشي انه اعترض
على بعض الجمهور وقيل انه البيضاوي بانه لا ينطبق على مذهب الامامية القائلين بعدم وجود
الامام عم مجيز اذ العقد له مجيز على مذهبهم واجاب عنه المحقق [illegible] بانه غير متمكن من
التصرف ورد بقيام الحاكم او عدول المؤمنين مقامه في التنفيذ واجيب بامكان فرض عدم
التمكن في حقهم [illegible] وكان فخر الدين والمحقق الثاني اوقفا الجواب فرضا عدم
اشتمال العقد على المصلحة [illegible] لو بني على كون عدم امكان التصرف كافيا في عدم
المجيز لم يحتج الى فرض وقوع العقد على مال الطفل لامكان فرضه في مال الكبير
واما فرض عدم اشتمال العقد على المصلحة فهو وان كان مطابقا للمسألة لعدم
وجود مجيز لذلك العقد حين وقوعه الا انه راجع الى اختلال شروط العقد
لان المصلحة من شرايط تاثيره في مال المولى عليه ومثله ياتي في جميع الشروط المفقودة
حال العقد وقد عرفت الحال في ذلك والحاصل ان عدم وجود المجيز حال العقد
لا يراد به ما يرجع الى عدم قابلية العقد للاجازة في حاله بل خصوص ما يرجع الى صفات
المجيز فالتمثيل بعدم المصلحة في بيع مال الصبي مبني على ما ينبغي وكذا التمثيل بعدم
وجود المنتقل اليه او المنتقل منه حال العقد كالمبيع من حمل او معدوم او محقق فاجاز بعد
الوجود والبلوغ فان قابلية التملك [illegible] من شرايط تاثير العقد واقتضائه
ونحوه كل ما يرجع الى غير ما هو من صفات المجيز من حيث كونه مجيزا الا من حيث
كونه مالكا وكيف كان فالمهم فالاولى بيان حكم الصور المشار اليها طابق عنوان
اشتراط كون العقد له مجيز ام لا فنقول اما العقد الفاقد للشرايط الراجعة الى
نفسه فقد ظهر الحال فيه في المسألة السابقة وكذا فقدان شروط العوضين

وشروط الاجازة مع وجود ذات المجيز واما ثانيا وكذا من باع ثم ملك فقد
اختلفوا في معناه وفي حكمه ففسر تارة بكذا الاشكال واخرى بكذا الاول فيقد والمحقق
الثاني جعله مثالا لفقدان ذات المجيز لفقد ان القابلية والامر في ذلك بعد تخيل
اتحاد المال سهل واما الاشكال في حكم المسئلة فانه مختلف الافهام ومعترك الا
نكار فذهب العلامة وفاقا للمحكي عن ابي حنيفة وابن جنيد من اصحابنا الى الفساد
وهو جواهر الكلام كما عن المحقق الثاني في تعليق الارشاد وظاهره في جامع المقاصد
لترددوا الميل الى الصحة ومن محل الاطلاق صحة بيع ما ليس عنده وحمله في الدروس على
بيع الكلي الذي ليس عنده بل على عقد الغير واختار هو فيه الصحة مع الاجازة ونسبه البعض
اليه فيه في جواهر الكلام ليس في محله وعن ابن متوج والصيمري الصحة
وهذا مبني على كون مسئلة من باع ثم ملك من فروع اشتراط كون العقد له
مجيز انا المحكي عنها عدم اشتراط ذلك مطلقا وفيه تأمل مضى ويأتي فلعله الصحة اليهما
على تأمل وعن النهاية والايضاح وتعليق الارشاد التردد ثم ان ظاهر بعض القائلين
بالصحة عدم التوقف على اجازة المالك الثاني كما تعرف في اخر المسئلة واختار شيخنا
قول الدروس في بعض صور المسئلة وهو ما لو باع الفضولي [illegible]
المالك ثم اجازه بعد الانتقال اليه ورجح الفساد في غيره للاخبار الناهية
كما ستعرف واستدل القائل بالصحة باطلاق او عموم الادلة القاضية بصحة الفضولي
وعدم صلوح ما زعم دليلا على الفساد مخصصا لها وقد يستدل له باخبار تحليل الخمس
بعد التقلبات والتفرقات حتى انه تم اباح للابن ورثه من ابيه الذي كان من عمال
بني امية لانه من قبيل من باع ثم ملك بل ظاهره عدم الافتقار الى الاجازة على القول
بالصحة في هذه المسئلة واما القائلون بالفساد فاستدلوا عليه بطريق العقل
والنقل والاقرب عندي هو الفساد ويدل عليه من طريق العقل وهو العمدة

وجوه منها

وجوه منها ما اشار اليه في جامع المقاصد وحكي الايضاح من لزوم
الصحة كون الملك لشخصين في زمان واحد لان البايع الفضولي المجيز
انما يتلقى الملك عنه ثم اجاز والمشتري لانه مقتضى الكشف من حين العقد وهو
محال ومنها ما اشار اليه في الكتابين وتعليق الارشاد من انه يلزم من
ثبوتها نفيها اذ لو كان العقد صحيحا كان مقتضى صحته خروج الملك عن ملك المالك
الى ملك المشتري وهذا يقتضي بطلان الاجازة ضرورة توقف صحتها على بقائه
في ملك الاصيل ليستقل ما اشتراه منه الى المجيز ورد بانه وارد على مطلق
الفضولي بناء على الكشف لان صحة العقد بالاجازة معناها خروج الملك
الى المشتري حين صدوره مع ان الاجازة تتوقف على عدم الخروج ضرورة
اعتبار ملكية المجيز عدم تأثير اجازة الاجنبي وتارة اجيب بمنع توقفها على
ملك المجيز حال الاجازة بل قبلها واخرى بكفاية الملك الظاهري الثابت للمجيز
قبل الاجازة في صحة الاجازة وعدم توقفها على الملك الواقعي ورد بان الملكية
من شرائط الواقعية لنفوذ الاجازة لان المجيز هو المأمور بالوفاء واقعا فلو لم يكن في الواقع
مالكا فكيف يتوجه اليه الامر بالوفاء بناء على الكشف لا معنى لكون
الملكية من الشرائط الواقعية والثاني واضح فلا يرجع للايراد من اصله
ولا وجه لمقايسة ما في المقام من الاشكال بالاشكال الوارد على الفضولي بالكشف
اذ المحال هنا جار من غير الجهة المذكورة في الكشف وان كان نظيرها
ما ذكره في جامع المقاصد بعد الاستدلال على الصحة بعموم اوفوا وبان
تقدم العقد على الرضا اذا كان لا يقدح فتقدمه على الملك لا يقدح حيث
قال ويرد عليه ان الثمن الثاني ان ملك المالك الاصيل لم يجز ان يملك عنه ملك
المشتري المتصرف فضولا واذا لم يملكه كانت المعاوضة يعني الثانية فاسدة

ولا سبيل الى القول به انتهى وهذا يحتمل الرجوع الى كل من الوجهين المذكورين والى الوجوه الابتد لا يقال ان من لوازم تمليك الفضولي المبيع الشراء استلزام صحتها توقف اجازة كل من المشترى الاول والثانى على اجازة الاخر لان مقتضى الكشف كون مع البيع ملك المشترى فلا بد من اجازة بيع الثانى حيث تعلق واقعا بملكه مع ان تملكه للمبيع يتوقف على اجازة الثانى يتوقف لجازة كل منهما على الاخر وهذا من العجائب مضافا الى كونه دورا مستحيلا وبتاء على اعتبار اجازة المشترى الاول الذى ليس هو فضوليا استلزم ايضا خروج المبيع عن ملك مالكه الاصيل ودخوله فى ملك المشترى الاول كذلك لان مقتضى الكشف كون مالكه واقعا هو المشترى الاول فيرجع اليه الثمن الثانى فانه بعد رد الثمن الاول فقد تملك البيع بلا عوض مع الزيادة ان كان ازيد منه وباقل من المسمى الاول ان كان انقص وهذا غريب بل مستحيل خارج عن قاعدة المعاوضة ان مقتضى الكشف خروج المبيع عن ملك المالك الفضولى قبل دخوله فى ملكه حيث دخل فيه بالشراء المتاخر عن العقد وهذا نفيد ما اورد فى المقام من الاشكالات العقلية واجاب عنها باسرها شيخنا قده فى كتابه بالبناء فيه على الكشف من حين العقد وهو باطل القول بالكشف ولا يقولون به لان مقتضاه تاثير اجازة المالك فى العقد فى زمان ممكن لا قبله ودعوى انه لابد ان تكون كاشفة عن خروج المال عن ملك المجيز من حين الاجازة العقد غير ثابتة شرعا ولا عقلا بل مقتضى سببية العقل للنقل المستفاد من العمومات ومقتضى عدم ظهوره واشتراط رضاء المالك سابقا ولاحقا تاثيره فى النقل فى زمان ملكه لا فيما قبله هذا ملخص ما افاده فى المقام ويرد عليه ان مقتضى شرطية الرضا تاثيره فى النقل من حين الاجازة فتكون ناقلة كما سنعرف

انتهى لكن ادلة القول بالكشف قضت بالتاثير من حين العقد فالكشف فالكشف من حين الملك المتاخر من زمان العقد لا يقتضيه العمومات ولا الادلة القائمة على التصحيح للقول بالكشف فيكون باطلا قطعا غير منطبق على شئ من القواعد واما ان اهل الكشف لا يقولون به فهو حق واما انهم يقولون به من زمان الامكان فلا هو بين ولا مبين بل مقتضى عمدة ما اعتمدوه فى اثبات الكشف هو الكشف عن زمان العقد حيث قالوا ان الاجازة رضاء بمضمون العقد فلا بد من حصول النقل من حينه لان هذا هو مضمونه واما حصول النقل من حين الاجازة فليس هو مما اقتضاه العقد حتى يتعلق به الرضاء وهذا لا ينافى المقام فيدل على عدم قولهم الكشف من زمان ملك العقد فان قلت الرضاء بمضمون العقد لا ينافى تاخر النقل عن حصول العقد من الفضولى بحكم الشرع اذا كان بعض شروطه غير الرضاء متاخرا عنه فى الوجود كالقبض فى الصرف والسلم والهبة والوقف ونحوها فمرادهم من كشف الاجازة عن تاثير العقد تاثيره مع استكمال ساير الشروط او تاثيره الشانى الغير المنافى لعدم الفعلية من فقد ان شروط اخر ولا اشكال فى ان الملكية شرط اخر غير الرضا فيكون كما لو كان القبض فان النقل يحصل عندها لا قبلها قلت ان اردت من الملكية ملكية المجيز للمبيع فليس شرطا اتفاقا لان المجيز قد يكون وكيلا او وليا او ذى حق اخر غير مالك وان اردت منها ولاية المجيز على العقد وسلطانه عليه فهى وان كانت شرطا من الاجازة لكنها غير شرط حين العقد كما عرفت فى المسئلة السابقة وهذا معنى قول محقق الثانى فى المقام اذ كان تقويم العقد على الرضاء لا يقدح اراد بالملك سلطان المجيز على العقد لا ملكية للعوضين ومن هنا لم يصح جعل هذه المسئلة من فروع اشتراط كون العقد له مجيزا او تعيين تفسير قول العلامة وكذا النقيض الثانى المنقوح اى وكذا لا ينفذ كما مر

والباطل ان قيل ان مالكية المجيز بالقبض غير صحيح فبطل ما سنح لبعض اهل الدقة
من فقهاء العصر انتصار الجواب المذكور عن الاشكالات العقلية المذكورة وكذا ما ذكره
في جامع المقاصد ان اراد به مالكية المبيع وان سلطنته على العقد فهو في محله لكن يرد عليه
ان هنا شرطا اخر لابد منه في صحة العقد وهو كون المنتقل اليه بالاجازة قابلا
للتملك حال العقد فلو كان غير قابل حين العقد كالمعدوم فهو اينما لم يؤثر
شيئا وان وجد فاجازته اشرط اخر غير وجود المجيز وغيره فكان قابلا للاجازة
جاز من العقل لا من الشرع فان قلت لا دليل على اعتبار هذا الشرط فانه ليس
من الشروط المقررة للبيع بل مقتضى عموم سببية العقد عدمه قلت اى دليل اقوى
من المحاذير العقلية ودفعها بالتزام تاثير العقد عند الامكان يحتاج الى دليل مفقود
بخلاف تاخر تاثيره عن حصول الشرط الشرعي كالقبض فان دليل اعتباره كاف في تاثيره
بعد وجوده بوضوح ذلك ان العقد الجامع للشرائط الشرعية لا يعقل تاخر تاثيره عن جزئه
كما لا يعقل تاخر المعلول عن العلة فاذا انحصر الامر في تصحيح عقد على الالتزام بذلك
من دون خلل فيه من حيث الشروط المقررة له شرعا لم يعقل الحكم بالصحة اذ لو حكم بصحته
ترتب عليه النقل والانتقال من حينه والمفروض انه محال عقلا فيكون خارجا عن
تحت الادلة وتاثيره في بعض الازمنة المتاخرة انما هو لنقصان فيه من حيث الشروط
والموانع الشرعية تنهض العمومات بالصحة واما لو كان كذلك بل لاجل عدم امكان
التاثير عقلا فانه لعل الدليل على صحته بعد خروجه عن تحت الادلة المرجوة
عقلا هل لاطلاق على النقل فلا يرد شيء من الاشكالات العقلية كما لا يخفى
وكذا انما هو على الكشف الحكمي فانه يحكم النقل في الثمرة عنها كما ... احدها
ان قدرة المالك على التسليم شرط ولو لم يشترط قدرة العاقد الفضولي والمالك

الاصيل

للاصيل هنا غير قادر عليه لخروج المال عن ملكه بعد العقد ورد بان المدار على
قدرة المجيز لانه المامور بالوفاء وهو حاصل حين الاجازة وفيه ان حصولها
حال العقد يكون واجدا للشروط والمجيز غير قادر عليها حال العقد اللهم الا ان يمنع اعتبارها
عند العقد كما مر في ادلة الفضولي لانها من الشروط التي يكفي وجودها حين
تعلق الامر بالوفاء عليه وقد يجاب بمنع عدم وجودها عند العقد
لان قدرة المالك مستمرة الى زمان الاجازة وبعدها يقوم مقامه المجيز
وهذا مبني على النقل والكشف الحكمي اولا كتفاء بالقدرة ... الغير المركشف خلافها
وثانيها ان بيع المالك بمنزلة الرد للعقد لانه لا يعتبر فيه اللفظ كما في فسخ ذي
الخيار في الهبة وغير ذلك من العقود الجائزة فان تصرف من له الخيار والواهب
بالتصرف الناقل كالبيع فسخ ورجوع فكذا تصرف المالك في المبيع بالبيع يكون ردا فيه
بل هو اولى ورد بان التصرف ليس رجوعا في نفسه وانما يفيد فائدة
الرجوع لكونه سببا لخروج العقد عن قابلية الاجازة كما لو عتق او وقف او
كان يفيد فائدة الرد لامتناع لحوق الاجازة للعقد بعد ذلك واما الرجوع
عن الفضولي فغاية ما يترتب عليه خروجه عن قابلية الاجازة في حق نفسه
واما في حق الفضولي الذي انتقل المال اليه فلا وتصرف من له الخيار او الواهب
بالبيع انما يكون فسخا ورجوعا من طريق دلالة الاقتضاء حيث لا يتوقف
صحة التصرف على الرجوع وهنا لا يتوقف البيع من الفضولي على الرد فلا
دلالة نفسه عليه ... لو كان المالك عالما بوقوع العقد فضولة على ماله و
ملتفتا اليه حين البيع لم يبعد دلالته على الرد لكنه خارج عن البحث
المتنازع فيه وهو كون البيع سببا لبطلان العقد واجيب بان البيع الثاني مضاد
مفسد للبيع الاول ووجود الشيء كاشف عن ضده جدا ولا يعتبر في الرد سوى

الكراهة

الكراهة المقرونة بالكاشف كالاجازة فنفس البيع رد من غير علم والتفات
وهذا هو السر في كون تصرف من له الخيار والواهب فسخا ورجوعا ولا التوقف
صحة التصرف عليها لا يقضي بالرجوع السابق مقدمة للصحة لامكان منع ذي المقدمة اعني الصحة
وفيه منع وانح اذ ربما يكون المالك ارضى بالبيع الاول وارادة احد الضدين
لا تنفك عن كراهة الاخر اذا كان ملتفتا الى التضاد وامتناع الضد الاخر اما مع الجهل
فلا لاحتمال كون الارادة ح ارادة تعليقية مشروطة بعدم امكان الاخر او عدم
وجوده واما كون تصرف من له الخيار والواهب فسخا او رجوعا فهي من جهة ظهور
الحال واصالة حمل الفعل على الصحة الكاشف عن الرجوع قبل البيع لاستلزام ارادة
الشيء كراهة ضده ولذا لو فرض مانع قهري عن البيع بعد ارادته لم يكن فسخا او رجوعا
وكذا لو ظهر فساده [...] الاخبار المانعة عن بيع ما ليس عندك او ما لا يملك
وقد مضت في اول المسألة ترجيحها فانها صريحة الدلالة على عدم وقوع البيع
للبائع الفضولي المشتري من الاصيل وانما منعنا دلالتها على لغوية الصيغة في حق
الاصيل حتى لا ينفعه الاجازة والمقصود هنا اثبات الفساد في حق العاقد الفضولي
بعد الشراء والاجازة وهي باطلاقها ناهضة بذلك ومنع الاطلاق لا وجه له خصوصا
مع ملاحظة قضية حكيم ابن حزام الذي قال له النبي [...] لا تبع ما ليس عندك فانها
متضمنة على انه اراد ان يبيع ما عند غيره قبل الشراء ثم يمضي ويشتريه ويسلمه
الى المشتري قال فان من هذا شانه يجيز البيع بعد الشراء وانما ارغب الا انه لا ينفع
الاجازة سوى طيب النفس بمضمون العقد المقرون بشيء من الكواشف قولا او فعلا
كما مر فمنع الاطلاق بالنسبة الى البائع الفضولي بعد الشراء وانها لا تدل على لغوية
الصيغة فحقه بعد الاجازة كما لا يدل عليها في حق الاصيل ليس على ما ينبغي بعضهم
قضية حكيم وردت روايات كثيرة من الخاصة كلها ناطقة بمنع البيع قبل الشراء

وقد يناقش فيها ايضا بان منها ما ورد من منع بيع الكلي الذي ليس عند البايع حالا مع ان
جوازه اجماعي وهذا يكشف عن كون النهي عن بيع ما ليس عندك او ما لا يملك
تنزيها سواء تعلق بالعين الذي ليس عنده كما هو مورد طائفة من هذه الاخبار
او تعلق بالذمة كما هو مورد اخرى اوضح منهما ورد هنا مورد التقية لان المنع عن بيع
الكلي الذي ليس عند البايع محكي عن جماعة من العامة ويضعف بان شرط الحمل
على التقية في غير المتعارضين مخالفة الرواية المذهب لا موافقتها للعامة والا فلا على
ما فصل في محله الثوكيد عدم الخلاف بين الخاصة والعامة في فساد البيع للعين التي
ليس عنده ومجرد موافقة العامة لا تكفي في التقية كما لا تكفي مخالفة المذهب في مسألة
حتى مغايرة لها فالاحتمال الثاني اعني الحمل على التنزيه او الكراهة لا يسري الى ما يرد منها
في البيع ثم يمكن الخدشة فيها بان النهي في نفسه لا يدل في المعاملات على الفساد
وكذا ثبوت المبنى المدلول عليه بالاخبار الخاصة وانما يدل عليه من جهة
الارشاد حسبما يقتضيه حال المعاملة وهذا انما يستقيم لو لم يكن في مورد النهي ارشاد
اخر انسب من الفساد المطلق والارشاد هنا ولا ريب ان بيع ما ليس عند البايع عين
بل عند الغير على نحو المتعارف بين الناس في المجازات المنزل عليه الروايات وهو ما
اقترن بترتب الاثر تسليما وتسلما وغيرهما ليس مصلحة للبايع ولو قلنا بصحته
بعد الشراء مع الاجازة او بدونها لفساده وعدم ترتب المقصود عليه الا مع
مخالفة المشروع فيحتمل ان يكون النهي هنا وكذا الباس في الروايات الناهية
بالتنزيه او للارشاد الى ذلك و ح لا يدل على عدم قابلية الاجازة على تقدير
او تكاب خلاف المصلحة وتحقق الشراء فيرجع فيه الى ما تقتضيه القواعد كما يرجع اليها
فيما هو خارج عن منصرف الروايات من الفرض فانها مختصة بالواقع لنفسه الثالث
الثالث جهلا او تجاهلا الا رجاء لاجازته ثم اتفق تملكه بعد ذلك كان هذا

او فظاهرها كلها خارجة عن تحتها فيرجع فيها الى القاعدة فغاية ما تدل عليه الاخبار العامة والخاصة فساد وبيعه خاصا من اقسام المسئلة وهو ما لو باع لنفسه وهذا لا ينفع لان الكلام في كون انتقال المال الى الفضول سببا مستقلا للفساد وقصد البايع لنفسه سببا اخر يختلف فيه حسبما تقدم الكلام فيه مفصلا خلافا لما استظهره شيخنا قده فيما لو باع لثالث وجاز للاجازة فهي الداخل تحت المسئلة المتنازع فيها المستدل عليها بالروايات ولو باع رجاء لانتقال المال الى نفسه قاصدا للتملك البيع بمجرد فمن المدعى فساده الدخول في بيع ما ليس عنده المنهى عنه ومقتضاه الفساد فيها حملنا عليه الروايات [illegible] وان لم يصرح به فعنده يفسد صورتان من صور المسئلة تعبدا بالنهي عن بيع ما ليس عنده احديهما ما لو باع بنفسه لنفسه ملتزما بلوازم البيع قبل الانتقال اليه وهي التي نزلنا عليه الروايات المذكورة [illegible] ما لو اراد البيع بمجرد الانتقال اليه لكن [illegible] واراد الفساد لو لم يجز فلو اجاز صح عنده مطلقا حتى في الصورتين كما يقتضيه اطلاق حكمه بالصحة مع الاجازة قبل ذلك وهذا هو لازم لو اعتمد ثاني مسئلة من باع ثم ملك على الروايات خلافا لما [illegible] في الايضاح حيث قال بالصحة بمجرد الانتقال اليه من دون اجازة بناء على صحة الفضولي وثاني الشهيدين في المحكي عن ظاهر المسالك وربما يرجع اليه ما عن الشيخ في الزكوة انه لو باع المالك النصاب الزكوي او رهنه ثم اغترم حصة الفقراء صح البيع والرهن بيع الزكوي ثم الاغترام من مسئلة من باع ثم ملك فظاهر الحمولية المالك على ابدال الزكوة المقتضى لدخول سهم الفقراء في ملكه فحكم بالصحة من دون اجازة اللهم الا ان ينزل الاطلاق على الغالب من استصحاب الرضا بمضمون البيع او الرهن الى زمان التملك ويدعى كفاية ذلك في الاجازة كما قلنا وليس ببعيد وكيف كان فالصواب ما ذكرناه ولو فرض علم رضائه بمضمون العقد سابقا او عرض [illegible] لم يكن ذلك

حال الانتقال

حال الانتقال كما لو باع الوارث مال مورثه فورثه قبل الاجازة لعدم الدليل على الصحة [illegible] سوى عموم اوفوا بالعقود على توجهه الى البايع في كلامه ان يجب عليه الامتثال عند الامكان وفيه منع توجهه الى البايع بل انما يتوجه الى المالك الراضي بمضمون العقد بعد معرفته توضيحه في ادلة الفضولي المفروض في عدم كونه راضيا به في زمان العقد او فرض لا يجدي [illegible] لانه كرضا الاجنبي الذي لا يتوجه اليه الامر بالوفاء لعدم الفرق بين الفضولي والاجنبي الا في مباشرة الصيغة وهي غير مجدية وربما اجيب بان المقام من باب تعارض الاستصحاب والعموم وتقديم الاستصحاب والصواب ما ذكرنا لان عموم اوفوا لا يشمل قطعا من لم يطلب نفسه بنقل ماله في شيء من لوازمه فكيف يكون المقام من الباب المذكور ومثله في الضعف جواب [illegible] عنه وهو تعارضه مع الناس مسلطون على اموالهم لان اية التراضي هي المخصصة لعموم اوفوا من حيث حاجبه الى حيثية السلطنة بل ربما يتامل في دلالتها على اشتراط الرضا كما لا يخفى فروع يناسب التنبيه عليها في المقام الاول لو كان بايع مال الطفل غاصبا عند العقد ثم صار وليها عند الاجازة [illegible] ما مر من العموم قال بعض الاعاظم قده انه لا اشكال في الصحة هنا لان الولاية تابعة لعنوان القضية فاجازته بمنزلة اجازة من كان وليها عند العقد وكذا لو اجاز فقيه اخر لم يكن فقيها عند العقد او وكيل عن المالك لم يكن وكيلا عند العقد لان السلطنة الوكيل عين السلطنة الموكل فاجازته بمنزلة اجازة المالك قلت اما اجازة الوكيل الحادث فلا باس به واما اجازة الحاكم الحادث ففي الفرق بينها وبين اجازة الصبي بعد البلوغ المختلف فيها كلام نظرته الثاني لو باع الراهن ثم فك الرهن فقد اختلف في صحة البيع من الجمود على ظ النهي عن التصرف القاضي بالفساد من زوال المانع وهو حق المرتهن مع وجود المقتضي لا اطلاق العمومين لكن

الملك رضائه [illegible]

٧ ففي نفوذ [illegible]

فلا وجه للبطلان منجزا وهذا ايض داخل تحت عموم من باع ثم ملك بناءا
على ما استظهرنا سابقا من ان المراد بالملك هو السلطنة على العقد لا ملك العوضين
لكن ادلة البطلان هناك لا يأتي شئ منها في المسئلة فلا وجه للاشكال فيها
من هذه الجهة بل من الجهة التي اشرنا اليها ولا يخلو النظر عن قوة الثالث
لو باع مال مورثه ابيه بظن الحيوة فبان ميتا ففي صحة البيع ح منجزا او مراعى بالاجازة
او عدمها وجوه اشهرها كما حكاه واستشهد له بالامر الوجود المقتضي وعدم المانع
بعد ما عرفت من ضعف سند المنع لكنه اذا قصد البيع لنفسه كالغاصب فلو قصد
عن ابيه فضولة فالاصح او سطها مراعاة لشرط طيب النفس الذي يتوقف عليه
نجز العقد وفاقا للمحقق الشهيد الثانيين في هبة المسالك خلافا لا يحرى العلامة
بالصحة منهم المص في باب الهبة والعلامة حتى عزى الى المعروف ارشاده وفي
ظهوره دعوى الاجماع فان اراد الصحة بدون الاجازة مط حتى مع قصد
الفضولية كما استظهر من عدة وكذا صرح المص ففيه ما عرفت من منافاته
شرط طيب النفس المفقود في الصورة المفروضة اذ لا ملازمة بين انشاء النقل
وطيب النفس كما في المكره وما قيل ان اخبار المالك تغني عن الاجازة لانه تعمد
الى نقل ماله فهو اولى من الاذن الذي هو اولى من الاجازة وان فسد العقد ولا
ينفعه الاجازة ففيه منع المساوات فضلا عن الاولوية لان طيب النفس يحصل
بالاذن ولا يحصل بقصد النقل بعد عدم الملازمة بينهما وان اراد ها مع
الاجازة فهو حسن كان اشتراط الاجازة في الصورة الاولى اعني ما لو قصد
عن نفسه كالغاصب ايض لا وجه ضرورة معاوضة الرشد لو الطيب للعقد
ح فاطلاق شرطها ايض ليس في محله واولى منه في الضعف والفساد
اخذه المعزى الى المحتمل الثاني والايضاح دفعاعه بوجوه ثلثة احدها

انه انما قصد

انه انما قصد النقل عن ابيه لا عن نفسه فلا يصح له يقع ثانيهما انه في المعنى
والنقل بمنزلة ان يقول ان مات مورثي فقد بعتك فيكون باطلا للتعليق ثالثها
انه كالعابث العادم لقصد البيع حقيقة في ظنه لحيوة ابيه وكون المبيع كالا لوقت
وضعف الكل واضح لان تعيين المنتقل اليه ايس بلازم في صحة البيع ولا من
مقوماته التي جدخل فيها في الصحة بلا عبرة مع التعيين بمطابقة الواقع لو خالفه
لكان مرتفضا بحصوله له في بعض اقسام الفضولي اعني بيع الغاصب فبطل الوجه الاول
مع انه لو تم فانما يدل على الفساد في الصورة الاولى خاصة فلا يصلح دليلا
للبطلان مط كما احتملوه واما الوجهان الاخيران فقد اوضح سقوطهما فيهما
بعد النقض الواضح النقض بمطلق الفضولي كما لا يخفى مع انهما لو تما فانما يقتضيان ا
الفساد في الصورة الثانية خاصة عكس الاولى فهذه الوجوه مضافا الى فساد
انفسها من وجوه متدافعات يدفع بعضها بعضا لان مقتضى الاولين انه ليس
قاصدا لاصل النقل ومقتضى الاخير عدمه وعلى اصلاحها عن عذوريك التحقيق
عن المدعي والدافع بحملها على التوضيح صورة المدعي والترتيب في الاستدلال ما اشتبه
فيدعى ولا عدم القصد مع التنزل يستدل على الصورة الاولى بالوجه الثاني
وعلى الصورة الثانية بالوجه الاول فالمتجه الصحة كما عليه الكل او الجل الا في
كتاب الاستاد قد ان القول بالفساد غير معلوم الا من محتملات الكتب
المذكورة كما ان الاصح التوقف على اجازة الوارث بعد العلم لما ذكرنا من انتفاء
طيب النفس لا لما عول عليه المحقق الثاني في تعليقه على هبة الكتاب وصاحب
المسالك من ان العقود تابعة للقصود فان قصد اصل البيع كاف في الصحة واللزوم
واما قصد كون البيع له او لغيره او قصد كونه جائزا او موقوفا او لازما غير موقوف
كما صرح به في المسالك فغير معتبر صحة وفسادا او على ارجاع دليلها الى ما ذكرنا اوله

كما لا يخفى وربما احتمل في المسئلة وجه رابع وهو الصحة مع ثبوت الخيار
للوارث بعد الاطلاع وهو ضعيف احتمالا واحتمالا اذ لم اجده الا في كتاب بعض
مشايخنا [illegible] معترفا بانه لم يجد به مصرحا ووجهه [illegible] اذ لا ضرر هنا يقتضي
الخيار الا عدم طيب نفس المالك وهو لا يقتضي الا الفساد فهذا اما فاسد او موقوف
على الاجازة بقي شيء وهو ان صاحب المسالك مع استقرابه الصحة في المسئلة ذكر
انه لو اوصى بعبده الذي كان اعتقه بزعمه سابقا بطلت الوصية ولا يخلو عن التوقف
واستدل في الفرق بما حاصله ان من باع مال غيره فانه قاصد للبيع صحيح شرعا وانما
يحسب [illegible] باطلا فلم يتحقق منه القصد الى وصية شرعية اصلا لعدم علمه
بالفساد فالقول بتوقفها على تجديد لفظ يدل على امضائها متعين [illegible]
يرد عليه ان مثل العلم بالفساد لا ينافي قصد النقل عرفا كما في بيع الخمر والخنزير
ونحوه من البيوع المعلومة الفساد عند البايع فلا وجه للفرق بين المسئلتين
وفاقا [illegible] والمحقق الثاني بل وفاقا له [illegible] حيث افتى بتجديد لفظ يدل
على امضاء الوصية فانا ايضا لا نقول الا به لان الاجازة التي اعتبرناها لا بد فيها
[illegible] من ذلك فالنزاع بينا كما ان يكون لفظيا ولو باع الواهب الموهوب
بالهبة الفاسدة واقعا فالحال كما عرفت في المسئلة والفساد في بيع الموهوب
ويرد عليه ما في المسالك من ان القصد الى اصل البيع اعم من الجايز واللازم موجود
في المسئلتين والقصد الى خصوص اللازم الغير الموقوف على الاجازة يتوقف على
العلم بالحال المنتفي في المقامين فالفرق تحكم الا ان ينزل الفساد على ما في [illegible]
عدم اللزوم فلا ينافي قوله بالصحة في الاول ولو قال غاصب عبد المولاه هذا
اعتقه عنك فاعتقه عن نفسه [illegible] فيه [illegible] كما قلنا من الفساد وفاقا للمحكي
عن التذكرة وحواشي الشهيد وجامع المقاصد لانه لم يقصد عتق عبد جبران

ما ذكره طرفا للمالك لازم [illegible]
المسر [illegible] والوطئ الحق
م

وفاقا
لمحكي والعلامة والمحقق
والشهيد الثانيين خلافا
للمحكي عن الدروس فحكم
بلزوم الصحة في
[illegible]
صح

وعلى عليه [illegible]
[illegible]

انه عبده وان قصد عتق ذات عبده لانه لم يجتمع منا وان [illegible] بالاعتبار
لحوق الاجازة كما عرفت ان العتق لا يقبل التعليق كما علله وهذا مبني على عدم
قبول الايقاعات مطلقا او خصوص العتق منها للايقاف وقد عرفت [illegible]
سابقا عند التعرض لموارد جريان الفضولي وقد عرفت ايضا ان عتق الراهن
العبد المرهون [illegible] المرتهن صحيح متوقف على الاجازة عند كثير او اكثر [illegible]
[illegible] بالصحة مع الاجازة لم يبعد الصحة وتحمل جميع المسائل المذكورة هو
ان قصد [illegible] لم يكن جازما في قصد الاثر والتطبيق فان تعلق شيء بغير
ما هو عليه في الواقع لم يقصد خصوصه فانه [illegible] القصد [illegible] سببا
والرضا شرطا كفى الرضا اللاحق بعد العلم بالحال والافلا والى هذا اشار
ما نقلنا عن المحقق ان العقود وفي هذا الباب ما ذكر من ان اذن الجاهل
بالعنوان الواقعي في التصرف ليس مجهما في حق العالم فلو اذن في اكل الطعام
[illegible] لعلمه لم يجز لمن يعتقد انه للاذن اكله والمولى اذن في دخول داره
[illegible] صداقة الداخل لم يجز له الدخول اذا كان عدوا وللمسئلة
[illegible] على عدم جواز اجتماع الامر والنهي ومن هذا الباب ايضا ما لو اعتق
عبدا من غيره باعتقاد انه لغيره وكان عبده واتفق او طلق زوجة زيد
انها زوجته وكانت في الواقع زوجته فلا ينبغي العتق ولا الطلاق لتوقفهما
على الرضا المتوقف على علمه بحقيقة الحال وربما يحتمل ان من هذا الباب
[illegible] باعتقاد كونه فضوليا وهو في الواقع وكيل عن المالك فيتوقف
نفوذه على اجازة [illegible] الوكيل بعد الاطلاع لانه انما قصد البيع امرين
كون المبيع خارجا عن ولايته فلا بد من لحوق الاجازة بعد الاطلاع على كونه
وكيلا نظرا الى [illegible] حيث حكم ببطلان [illegible] العبد المأذون في التجارة

كأنه غير ما لقصد

[illegible]

م

واقوا

واقعا مع جهله في الاذن والنفي في عدم علمه به باجبار الولي من يعامله بانه ماذون في التجارة وان لم يطلع هو عليه قال فان عامل مع جماعة حتى عبد الذي اخبره وصح بجرى الاخبار المذكور مجرى الاذن الظاهر انتهى ملخصا وهذا بظاهره لا ينطبق على شيء من القواعد وحقيق في حقه ما اورده العلامة في محكى المختلف بعد الحكم بصحة معاملة الماذون نعم ما قعاه وان لم يعلم بان اعلام المولى بعض المعاملين غير مؤثر هنا ولو باع ولي الطفل ماله لنفسه بزعم انه المبيع ماله ففي دخوله تحت القاعدة المذكورة اشكال من كونه بعنوان المبيع الواقع فيكون مثل ما باع مال نفسه لغيره عكس المسئلة في وقوعه للبايع لنفسه فيتوقف على الاجازة ومن ان قصد النفس غير مضر في بيع مال الغير كما مر فيصح من غير توقف عليها ويحتمل التفصيل بين ما لو كان الولي راضيا بالبيع المذكور على تقدير علمه بكونه ولياً وغيره فيصح على الاول لصدور العقد من اهله مع اقترانه بالرضا فعلا ولو بعنوان اخر او تقديرا بناء على كفاية الرضا التقديري كما عرفت منافاته لعقد الفضولي وبين ما لو كان غير راض فيتوقف على الاجازة بعد الاطلاع وهذا هو الاصح وما قيل في توقفه على الاجازة من ان قصد كونه لنفسه يوجب عدم وقوع البيع على الوجه الماذون فيكون فضوليا محتاجا الى الاجازة ففيه اولا مع عدم الاذن مع كون البيع مصلحة المولى عليه واي فرق بينه وبين ما لو باع مال اجنبي بزعم نفسه وكان واقعا ماله ولا اظن احدا يقول هنا بالاحتياج الى الاجازة بعد الاطلاع ولذا قال بالتنجز هنا من لم يقل به في المسئلة السابقة اعني بيع الوارث وثانيا ان النهي الناشي عن عدم الاذن لا يوجب فسادا ولا تزلزلا في العقد حتى يتوقف على اجازة نفسه

ثانيا بالمنع من قبيل النهي العارض الناشي عن الرضا على المعاملة ولعله لاحد او لواحد بهما امر التامل بالتامل وفقنا الله بالتامل والعقل والتفكر في الامور كلها

في احكامها وفيه مسائل الاولى الاجازة كاشفة عن حصول النقل والانتقال من حين العقد على الاشهر المحكي عن الاكثر وقيل بانها ناقلة كما عن فخر كشف الرموز والايضاح ومفتاح كشف اللثام وقواه في محكي مجمع البرهان في القواعد الاشكال والترديد حيث قال وفي وقت الانتقال اشكال وكذا المحقق الثاني في محكي حاشية الارشاد وكذا الروضة التردد والاول وجه الاول ما عن جامع المقاصد والروضة من ان العقد سبب تام في الملك بقوله تعم اوفوا بالعقود وتمامه في الفضولي انما يعلم بالاجازة فاذا اجاز تبين كونه تاما موجبا لترتب الملك عليه والا لزم ان لا يكون الوفاء بالعقد وحده سببا تاما بل مع شيء اخر ورد بان العقد ليس سببا تاما بل بشرط رضا المالك والاجازة لا يكشف عن الرضا السابق خصوصا مع العلم بكراهة المالك او تردده قلت ويمكن توجيه الدليل بما لا يرد عليه الرد المذكور وبيانه للاشارة الى ذكر الوجه المختار الثاني ما عنها ايضا من ان الاجازة انما تعلق بمضمون العقد وليس هو الا حصول النقل والانتقال من حينه والجواب اولا بان مضمون العقد ليس هو حصول النقل مجردا عن الزمان وانما الزمان من ضروريات انشائه ولذا يؤثر الفسخ في انحلال العقد من حينه لا من حين العقد وكذا الاجازة التي تقابله لا تفيد سوى الرضا باصل النقل مع قطع النظر عن زمانه فكذا الاجازة لا تقتضيه من حين العقد ودعوى ان الشارع لم يجعل الايجاب سببا وهو لا يتم الا بالقبول فتوقف على حصوله مدفوعة ومعارضة بمثله اما الاول فلان تامية

من حين العقد الى وقت الاجازة

ثمرة الكاشفية والناقلية

العقد بالقبول وتوقف النقل على تحقق العقد لا ينافي حصول النقل حين
الايجاب عند الاستكمال اذا كان مضمون الايجاب حصول النقل من زمانه مقيد
ابه بل اللازم من تم القبول حصول مضمون الايجاب لا مطلق النقل و
المقيد بزمان القبول والا كان العقد سببا لغير ما انشأه الموجب وارتضاه القابل
واما الثاني فلان الشارع كما لا جعل الايجاب وحده سببا بل سببيته مشروطة بالرضا
فكل من القبول والرضا جزء العلة للنقل شرعا وان احتملنا في كيفية الجزئية
من حيث كون احدهما جزء المقتضي والاخر شرطا الا قلنا فان صح ان القول بان
حصول النقل يتوقف على استكمال المقتضي جزئه او كان الحاصل حلا فالمسألة
لنا القول بالتوقف على استكمال شرطا محل الشبهة ودفع المغالطة بحمل المدعا
على كون مقتضى (مضمون) العقد حصول النقل مقيدا بزمان العقد هو ان العقد وان كان
انشاء للنقل من زمانه الا ان مقتضى تأخر الشرط كالقبض في الصرف عدم
امضاء الشارع الا عند تحقق الشرط الشرعي وثانيا بان يحصل هذا الوجه كون
مقتضى العقد حصول النقل بالاجازة سبب الصيرورة العقد مؤثرا من حينه
على خلاف قاعدة لحوق المشروط بالمقتضي قاعدة لحوق المشروط بالاسباب
وهذا وان كان امرا معقولا على بعض الوجوه ثانيا الا بجعل الشارع لكن يحتاج
الى دليل مفقود لا زغاية ما ثبت من الادلة عدم اعتبار مقارنة الرضا وكفاية وجوده
لاحقا كالقبض فيما يشترط به واين هذا امر كونها سببا لحدوث اثر العقد
بعدها من حينه على خلاف ما يقتضيه الشرطية وسببا لانقلاب شرطيتها
الى السببية المستقلة اذ لا فرق بين ما هو كونها بنفسها سببا للنقل والانتقال
او سببا لصيرورة لا سبب سببا ولو قيل ان هذا قضية الجمع بين القاعدة
العقلية القاضية بعدم تقدم المعلول على العلة وبين ما هو ظاهر جملة

فكذا لم يحصل العقد وحده سببا

من الاخبار

من الاخبار اعني الكشف قلنا ان حمل النماذ على الكشف الحقيقي فهو غير
معقول لان المعدوم كيف يصير سببا لامر مؤثر من حين وعقلي الى مثله بل الواضح
استحالته وان كان على الكشف الحكمي فهو وجه اخر ياتي بيانه ان شاء الله والكلام
هنا في تصحيح الكشف الحقيقي الذي يقولون به المالك ما عني الا بتلاح
من انه لو لم تكن كاشفة لزم تأثير المعدوم في الموجود لان العقد
حال الاجازة غير موجود وفيه بعد النقض بالقبض والقبول وغيرهما
من الاجزاء والشرائط المترتبة في العلل المركبة التدريجية كما لا يخفى ان
الاسباب الشرعية علل فان الاثر انما يترتب عليها عند وجود الجزء الاخير
الاجنبية مع انعدام الجزء الاول فاما ان يلتزم بانها معرفات من الاسباب
الواقعية كما هو المعروف او يلتزم بان الاجزاء والشروط السابقة
كلها معدات واقعية لتأثير الجزء او الشرط الاخير وانكانت السببية
في ادلتها ظاهر قائمة بالجميع او بالشروط ماقال بعض
مشايخنا في جواهر الكلام من ان العلل الشرعية ليست كالعلل
العقلية في استحالة تأخر العلة عن المعلول او تأخر الشرط عن المشروط وهي
مدار بعد الشارع فقد يجعل المعلول قبل العلة كما جعل استحباب
الغسل قبل الجمعة ووجوب زكوة المالية بدل البدنية على القول به قبل
وقتها وقد يجعل المشروط قبل الشرط كما جعل غسل الفجر لصوم
المستحاضة وغسل العشائين لصوم اليوم الماضي مع تقدمهما عليها وهكذا
الى سائر المواضع التي منها اشتراط صحة الاعمال كلها ببقاء شروطها
الشرعية والعقلية الى اخرها منها تاثير العدول في اثناء الصلوة
في صيرورة الاجزاء السابقة من المعدول اليه ومنها ارث الحمل بشرط

٥

انفصاله

حيا ومنها انتقال المال عند موت الموصى بشرط قبول الموصى له واجيب
عنه بانه لا فرق بين العلل العقلية والشرعية في المقام اذ لا يسوغ التعقلية
وان كانت العلة او الشرط شرعيين كوجوب المقدمة وان كانت شرعية وتلك
الامثلة لا يسوغ المحذور الفعلي وان هذا لا يجوز اجتماع النقيضين اذا
كانا شرعيين فلا بد فيه من تحمل يندفع به المحذور في محله قلت
كان القائل اراد ان العلل الشرعية معرفات فلا مانع فيما نحن فيه خلافا للحكم
العقلي من الالتزام بكون السبب سابقا بالانعام لم يرد عليه الجواب المذكور
بل الجواب المذكور هو انه خروج عن صريح الادلة والمعلومة من الشرع
من الالتزام في كون سبب النقل والانتقال هو العقد والعهد المأمور بالوفاء
وليس هو امرا غائبا كالموت والحيازة ونحوها من الاسباب القهرية بكون
وجود العقد وجود العقد في الخارج مع الرضا اللاحق من اثاره ولوازمه
حتى يكون معرفا والسادس ما عن غير واحد من الاعلام من ان شرطية الاجازة
مع كونها كاشفة شرطية الوصف المنتزع من وجودها المتأخر فالشرط
مقارنة لا متأخر عن المشروط والمستحيل انما هو كون الشرط متأخرا
كاشفية شرطية الوصف وتوضيحه ان الشرط اذا كان نفس ماهية الشيء من غير
ملاحظة وجودها في زمان دون زمان وجب عقلا مقارنته للمشروط
واما اذا كان الشرط هو خصوص وجوده المتأخر عن زمان المشروط
لم يكن المقارنة معنى وهذا امر سائغ عقلا وشرعا وبهذا صححنا ... المحققين
اشتراط ... الشروط المتأخرة وسائر مواضع الاشكال المتشابهة في
الى ما عرفت من اشتراط الوصف المنتزع المقارن للعقد وفيه ان هذا ايضا
خروج عن صريح الادلة لانها قائمة على اشتراط نفس الرضا وان هذا

من الوصف

لان الشاخر عرض للشرط

باسمعين الله

من الوصف المنتزع اللاحق للعقد وفيه ان هذا ايضا خروج عن صريح الادلة لانها
قائمة على اشتراط نفس الرضا من وجودها اللاحق مع ان مقتضاه جواز التصرف
في البيع اذا علم المشتري بلحوق الاجازة وستعرف خلافه وعدم التزامهم به الا ان
نقل عن بعض التزامه به السادس ما ذكره ايضا بعض مشايخنا في كتابه
من ان الاجازة ليست ناقلة محضة ولا ناقلا كاشفا بل متوسط بين الامرين
وبه يمكن الجمع بين كلام الفريقين فان الملك والنماء قبلها غير حاصل وبعد ما يحصل
من حين العقد لا من حينها كما يقتضيه ظاهر القول بالنقل وفيه انه ان رجع
الى الوجه الخامس فكذلك السابع ما عن المحقق القمي في جواب مسائله من
ان الاجازة شرط لا بل الرضا من استقرار الملك بعد حصوله كما في زمن الخيار
فالرد فيه له الفسخ وهذا الوجه لا حجية فيه سوى مخالفته صريح الكلمات الناطقة
بشرطية الرضا ومخالفته الاجماع ظاهرا كما ادعاه بعض بعد الاتفاق الى قوله
والثامن ما نقله شيخنا الاستاد قده عن بعض محققي تجمه شريف العلماء قده
ونقل عن بعض اهل التدقيق ممن عاصرناه عن بعض مشايخ عصره طاب
مضجعهما من الكشف الحكمي وحاصله ان الاجازة بعد ما حصلت تعاملها
معاملة الكشف وان الملك يحصل عندها يحكم بترتب جميع احكامه من حين العقد
ولازمه حصول نماء العوضين في ملك من انتقل اليه وكذا سائر اثار الملك السابق
فحكم بترتبها على العقد بعد الاجازة بسبب لهذا الحكم الشرعي التعبدي لكن السبب هي الاجازة
السابقة فهي بمنزلة الكاشف من حيث كون سببها سابقا عليها ... داعلم
ان السبب هو دخول النماء في ملك المنتقل اليه عند حصوله في زمانه السابق حقيقة
فانه مستلزم لخرق قاعدة تبعية النماء للملك وخرق امثاله من القواعد المتفقة
الكلية التي لا يسع لطلبة الالتزام به فكيف من المحققين اللذين لا ... لها بل

الى الوجه الثاني كما هو الفتح كلامه نقدا
والى رجع

بل السبب هو دخول الثمار مثلا فی ملکه عند الاجازة فلو کانت بمنزلة الکاشف حتی الحقیقة
باعتبار مخالفة ذلك للنقل الحقیقی فروعه اقتضائه عدم دخول النماء فی ملك [illegible]
الیه راسا الحدوثه فی ملك من انتقل عنه وحیث صار سببا لانتقال الاصل والنماء
الی المنتقل عنه کانت بمنزلة الکشف وما ذکرنا اندفع ما ربما یتوهم من اقتضاء هذا
الوجه الخروج عن کثیر من القواعد التی هی تبنی اساسا من ادلة اشتراط العقد بالرضا
او ادلة کاشفیة الاجازة ومثل التعذر توارث الزوجین اذا مات احدهما واجاز
بعد موت الآخر فیحکم بعد الاجازة بانتقال المال عنه [illegible] الی الحی [illegible]
وتبعه النماء فلو کانت [illegible] لزم الاقتصار فی هذا الالزام باحکام الزوجیة علی مثل
الحق من الاحکام المستقلة ولم یکن لانه من المیت وجه لانتقال المال منه الی
عند الموت فما ورد فی الصحیح من الوارث بعد الاجازة لا ینافی الکشف الحکمی
بطلة علی الکشف الحکمی یحتمل کونه مثل انتقال الفوات الحاکم بان الوارث المکاتب
الاسلام قبل القسمة عما وجب الوارث قبل اسلامه کما استقربه فی [illegible]
ویحتمل کونه مثل الممتنع فیطیر مشارکته مع الورثة فی نماء الترکة کما استقربه
فی القواعد [illegible] بین الاستقرابین لا ینطبق الا علی الکشف الحکمی اذ مقتضی
الکشف الحقیقی فساد هبة الوارث وارثه من الموصی به لا عدمه کما ان مقتضی
النقل عدم ارثه النماء [illegible] فی مال سائر الورثة فالحکمان مبنیان علی الکشف
الحکمی واما احتمال کونه مثل الحاکم الحقیقی فی [illegible] فساد التصرف السابق وانما
لا منزلته فی انتقال النماء الی المنتقل عنه فوجهه انه بعد البناء علی انه یجب
ان یعامل مع الاجازة معاملة الکشف تنزیلا لم یکن کاشفة حقیقیة لا بد من الحکم
بفساد التصرف السابق والحکم بوقوعه فی مال الغیر [illegible] الاجازة ومعه
لان الکشف الحکمی مفاده [illegible] بالآثار المترتبة الا [illegible] والا کان کاشفا حقیقیا

والعلم بنفوذ التصرف فی مال الغیر بعد اتصاله فی زمان وجوده وارتفاعه فی ملك [illegible]
امر ممتنع عقلا لا یمکن الاذن والالزام به شرعا وانما یعقل الالتزام فیما یعقل [illegible]
لوازمه احد الوجهین عن الآخر مع ابقائه [illegible] ولو حکمنا فی الفسخ بفساد التصرف
السابق تاما لعدم الوجهین امکن تعرضه فی [illegible] فقال ان المالک بعد الاجازة
مأمور بترتیب آثار العقد الصحیح منها المعاملة مع التصرف السابق معاملة الفاسد
لاحتمال کونها مثل الفسخ فی تعذر المالک عوض المبیع فلا مانع منه عقلا الا ان
فی مساعدة الاخبار الدالة علی الکشف علی ذلك نوع تامل اللهم الا ان یقال
لم یجوزوا فسخ العقد فانه بعد الاجازة یتعلق علیه الامر بالوفاء بالعقد السابق
فی جمیع الازمنة المتأخرة عن العقد ومقتضاه تسلیم المبیع والتسلیم نمائه عینا او قیمة علی
تقدیر التلف حقیقة او شرعا کما ان الفسخ بعد استحالة علی وجه الحقیقة یرجع الی
الالتزام بآثار انحلال العقد التی منها تدارك التالف وفیه تامل الا ان ما ذکرنا
السابق لیس کالحلال وانکار الفرق لا یخلو عن غفلة او صنع وبعض الکلام فیما
یترتب علی الکشف الحکمی ذکرناها توضیحا لما ادعیه فی الحلة ویاتی عن قریب
تمام التوضیح عند التعرض للثمرة بین الکشفین ومنها حجة اخری لتصحیح الکشف صحت
لبعض اجبنا ذکره [illegible] الالتزام بتأثیر العقد مستقلا وعدم توقفه
علی الرضا اذا صدر عن الفضولی اذ لا فرق فی الخروج عن [illegible] ادلة اشتراط
الرضا بین جعله کاشفا وبین الالتزام بعدم اشتراط هذا النوع عن العقد
بالرضا [illegible] ادعاء کون العقد الوکیل فی قیامه مقام عقد مولیه
الولایة عرفا بعد التسلیم بتحقق الاجازة فیما بعد لان الادلة لا تقتضی باشتراط الرضا
من ذلك [illegible] مرجع الوجهین علی ما نفهم الی توجیه القول بان الاجازة شرط
للعلم باستکمال العقد سببا حین صدوره لا النقل التأثیر او الی توجیه القول بان الشرط

هو الوصف المنتزع وان فتلنا ما زينها فى تحقيقاته ... الالتزام بحدوث
الملكية بنفس العقد اذ ليس سوى العلامة الجعلية الحادثة بايجاد سببه وانشائها
لا انها مسلوبة الآثار فنظرا الى ادلة اشتراط الرضا فهو شرط لترتيب النقل وتأثير
لا لنفسها ومرجعها الى ما فهم من كلامه على طوله الى ما عن جامع المقاصد من ان الاجماع
شرط اللزوم باستكمال السبب لا بقاء التأثير وان نقله وزيفه قبل ذلك فالمراد ان
الملكية وجميع آثارها الوضعية حاصلة بنفس العقد لكن لا ندرى ان الشارع امضاها
ام لا اذ طريق العلم به اجازة المالك فلو علمنا بتحققها قبل وجودها فقد علمنا بامضاء
الشارع ... ومقتضاه الالتزام بجواز التصرف قبلها اذا علم بتحققها وليس سوى
الخروج عن ظاهر الادلة القاضية باشتراط نفس العقد بالرضا لا العلم وهو ...
لا يتحاشى من القول به جمعا بين جميع الادلة والقواعد العقلية هذا ما سمعته
للافاضل الكرام والمحققين العظام فى تحقيق المقام والذى يقتضيه النظر هو ما لمحنا
لحنا اليه سابقا من الالتزام بكفاية الرضا التقديرى فى صحة العقد لا الاذن المستفاد
من شاهد الحال فان الاجازة كاشفة عن ذلك جدا ولو بعد الرد اذ لا ينافى
ظهور مصلحة الامضاء وكون العقد مطابقا للرضا بعد الخفاء لاعتقاد
خلافه وكراهته من حيث خفاء الجهة الواجبة الباعثة على المسارعة الى الرد وليس فيه
سوى امور احدها ظهور كلمات الاصحاب كلا او جلا فى ابتناء العقود على الرضا
الفعلى على خلاف الرضا المعتبر فى الامور المتوقف عليها العبادات او غيرها من
التكاليف لان الرضا التقديرى الشانى الموقوف على الالتفات الى الجهة الجهة
الباعثة على الرضا غير كاف وجوده كعدمه وكأنه ينظر اليه ما فى كتاب استادنا
العلامة رفع الله مقامه حيث قال ان الاجازة غير كاشفة عن الرضا بل هى مقارنة
له بعد تسليم وثانيها انما هو الرضا الفعلى دون الشأنى التقديرى نكاته قال اذ لا حاد نكره ...

لا يجرى الرضا المعتبر فى العقود سوى ما كان فعليا وما قيل انه يشعر عن كشف الاجازة عن تحقق
وجوده سابقا ففيه ان مقتضاه تأثير الاجازة ولو بعد الرد انما اعرفت من عدم المنافاة
بينه وبين الكشف عن الرضا التقديرى فيكون العقد حين وجوده واجدا لما ينبغى فى صحة
من الرضا ... وقوع الرد اخيرا كما لو كان الرضا موجودا حين العقد ... فليس
لادلة فى اشتراط الرضا الفعلى ... ان مقتضاه جواز التصرف قبل الاجازة
اذا علم ان المالك يجيز ... فى جنب ... الواردة على سائر التوجيهات اما الاول فلان
التطمين المدعى ممنوع ولو سلم فالمنع عنه لاشتراطه بمساعدة الدليل ومعارضته بظهور
كلماتهم ان اشتراط هذا الظهور ... ان ما هو خلاف ما هو صريح كلماتهم من الامور المتفق
فى قبال واحد من التوجيهات واما الثانى ... لان الرضا لا يكون باعتبار الرضا الفعلى
ايضا لا ينبغى ان يكون مانعا عن تأثير الاجازة بعد الرد الفضولى باخبار الوليد ويرجح ... ذلك
... ذلك فى شروط الاجازة وثانيا ... وان الرد يوجب ... اوقبال ... العقد بالمالك
اجيز موجبه لجملة من الموانع بين الايجاب والقبول فيكون الاجازة بعد كمال الرضا لا بد
من غير عقد ثم الثالث فمنع الظهور ... لا تخونوا ... قوله لا يحل مال امرئ الا بطيب
دين قوله ... الا ان تكون تجارة عن تراض وكان الرضا التقديرى كاف فى حل الاكل
حتى لو علم ... الواقع فى حاجة شديدة الى الاكمال اخيه بانه راض باكله على ... الاكمال ثم
بالمال كما فى ... فكذلك هنا فيكفى فى صحة العقد ... وان توقف وجوب الوفاء على العلم
به وامضائه ويؤيده رواية العروة لان النبى صلى الله عليه وآله اقره على البيع وامضاه وهذا يدل على
ان الشراء الاول لم يكن فضوليا وان كان خاليا عن صريح اذنه من حيث اختصاصه بشراء
شاة واحدة ... الا انه كان عن علمه برضا النبى صلى الله عليه وآله بالفحوى ودعوى الاجماع
على خلافه مجازفة واضحة اذ لم يصرح احد بعدم كفاية العلم بالرضا فى خروجه عن
عن الفضولى نعم صرحوا بان حضور المالك حال العقد وسكوته لا ... هذا غير

احراز

صريح في المدعى بل وكذا ما ادعى من ان الغرض منه علم المجلس الصغرى اعنى الجوز الى آخر بجزم المصنف وفي السكوت كلا اقل من احتمال ذلك وهو يكفي في منع الاجماع لان المصرح بالكره انما هو الحلام وعن بعض من دونه قولان وهذا من حيث السكوت وقيل بالاجماع بمثله كما ترى ولم يركونه ظالمة في الجملة فليس بمنافاة في سائر التوجيهات من المخرج لا ان المستدلين في جامع المقاصد والروضة وغيرهما من ان العقد بنفسه سبب والاجازة كاشفة عن تمامية التأثير وان حقيقة الاجازة ابنة عن القول بالنقل لانها التزام بمضمونه فكيف تخلف عنه النقل والانتقال ويبطلان نحو الاجازة في زيادة تنعقد بها التوجيهات فانها تخريجات خارجة عن جميع الادلة لقيام اليها عنها عليهم بعد دلالة اخبار المسألة على الكشف فان خبر وليد فاقد في ان المشتري اخذ ولده ولم يغرم شيئا مع ان مقتضى النقل كون الولد للمالك الجاني لكونه نماء ملكه او غرامته لقيمة الولد لكان الولد عن شبهة وكذا اخذ العروة لانه حكم فرة على صحة البيع المترتب على شرائه الاول حيث قال بارك الله في صفقتك مع وضوح فساده على النقل وعدم جواز التصرف في الثمن لكونه باقيا على ملك المشتري قبل صدور الاجازة من المالك الاول الذي باع الشاتين بدرهم وكذا صحيحة عبدة في ارث الزوجة بعد البلوغ والتلف من الزوج الميت صريح في الكشف اذ على تقدير النقل لم يكن ذلك من الارث من شيء لحكم ما على ورثة الميت باخذ المال من يدهم بعد الانتقال اليهم حكمه بعزل ميراثها من تركته حتى تبلغ وتحلف فلولا انها كاشفة كان هذا العزل منافيا لتسلط الورثة على اموالهم اذ غاية ما هنا اجازة الزوجة بعد البلوغ وحدوث النقل اليها بعد الاجازة فيحتمل ان يكون العزل من قبيل القضاء من قبل النيابة وقد يقال بان العزل ينافي اصالة عدم تحقق الاجازة ففيه مخالفة للقاعدة من جهة عدم مراعاة الاصل وفيه ان العلم بتحقق الاجازة ابدا لا يجعله مطابقا لحاصل النقل كما عرفت فلا

وجه بلاحظ

وجه لا جعل هذا الخلاف للقاعدة السلطنة بل هو الشرع وكل اخبار اخرى كالصريحة في الكشف نظرا لكون التحليل الصادر عنهم لاحاد الرواة بعد التصرفات بل في بعضها تحليل الابن ما اكتسب ابوه في عهد كونه من ولاة بني امية وعمالهم من التحليل الملكي بصحة تلك التصرفات بل في بعضها الابن ما اكتسب ابوه في عهد كونه من ولاة بني امية بل التحليل الملكي في تلك التصرفات لا انما عطية جديدة لما في ايديهم لو ابراء جديد لما في ذمتهم من الغرامات والحاصل انه لا اشكال في دلالة الاخبار على الكشف انما الاشكال في تطبيقه على القواعد ثم انهم ذكروا للنقل والكشف ثمرات وكل الكشف بوجوهه المذكورة فهناك مقامات من المعرفة الثمرة بين النقل وبين كل واحد من وجوه الكشف المتقدمة وبين تلك الوجوه بعضها مع بعض وهي تسعة حاصلة من ضرب بعضها مع بعض لان وجوه الكشف الحقيقي ثلثة احدها كون الاجازة شرطا للعلم دون العقد ثانيها كون الشرط هو الوصف المنتزع منها وثالثها كون الرضا المتأخر على وصف تأخره شرطا ووجوه الكشف الحكمي ثلثة احدها حدوث الملك السابق بعد الاجازة ثانيها حدوث حكم الشارع بترتيب الملك السابق وان لم يكن السابق ملكا للمشتري مثلا وثالثها حدوث الملك الجديد من الاحكام سابقا وحدوث الامر بترتيب الآثار عليه حال الاجازة فانما الاحظ بعضها مع بعض حصل التسعة ويزيد عليها ستة اخرى مع ملاحظة الثمرة بين كل واحد منها وبين النقل لكننا نوضح الحال في الثمرات في طول ذكر تفصيلها من الثمرات مقدرا من خلال المشكلات وهي كثيرة بين تكليفي ووضعي منها انه تعرف الاصيل فيما انتقل عنه فالمعروف الجواز على النقل لعدم المانع ولو علم بلحوق الاجازة ويتفرع عليه نفوذ كل تصرف منتسبع لا من وضعي كحرية الولد

تخليل الخمس

تنشأ

وبما قررنا ظهر ما اه ادام
٣ السابقان والشرط
للعلم تماميته

اغفاق

وانعتاق العبد ويحتمل المنع لانه جعله عرضة للانتقال الى الغير ويشكل بما هو كالمنع
فهو ممنوع من التصرف فيه بناء على ثبوت هذه الكلية كما يستفاد من المواضع التي
يشير الى بعضها واما على الكشف الحقيقي فان كان شاملا لحوق الاجازة فيرجع الى
ظاهر المنع لان العقد لازم من طرفه فيجب عليه الوفاء والتصرف هنا في كما
في النذر المعلق بالمال فقد صرحوا بعدم جواز التصرف فيه مراعاة للوفاء لما
مرّ بيانه فلو تصرف تصرفا مخرجا عن ملكه كان حنثا بل فرعوا عليه فساد التصرف
لاستلزامه رفع وجوب الوفاء حقا متعلقا بذلك المال المنذور وله وجه النهي منه
الفاسد لاصالة العدم بالنسبة الى محبوبية الاجازة او الشرط المعلق عليه
ولذا نقل عنهم التصريح بعدم جواز التصرف في حصة الحمل لكانه لا يعلم
انفصاله حيا وبعدم جواز التسليم الا الى الوارث المعلوم ما لم يثبت انفصاله
فيه بل عرفت في صحيحة عبيد والامر بعزل نصيب الزوجة من تركته زوجها
حتى تبلغ وتحيز الى غير ذلك مما يشبه المقام فان الاصل لا يعمل به فيما لم يثبت
انتفاء الامر المتوقع وعلل ذلك بان العمل به يستلزم العرف والالتزام الملاحظ
صاحبه عينا او ذمة وبان هذه العلة تعبدية مستفادة من الاستقراء
وملاحظة للموارد المشار اليها وغيرها وبان قضية الوكالة المأمور به الالتزام
بكل ما هو لوازمه والاجتناب عن كل ما ينافيه وكيف يجتهد في المعارضة وقد الجاء
عن ملكه ثم يتصرف فيه بل مقتضاه عدم الفرق في المنع بين التصرف المنافي للوكالة
وغيره لكان تخالفا وحنثا ويرد على الاول منع جريانه في غيره الا وان
الضرر يندفع في المقام بعد ... ويرد على الثاني خروج المقام
المشار اليها بمنع فيه ... استحقاق الوارث للزائد غير معلوم فلا استثناء كما في
الثلث في الوقف بين الترتيب والتشريك بخلاف المقام فان الاصل فيه قاض بعدم النقل هنا

الى المنع في بعضها في مسألة النذر فان المحكي عن جماعة جواز التصرف في المال المتعلق به
النذر ولذا افتى الاستاد العلامة رفع الله مقامه الفرق بينهما وبين المقام ردا على من
سوى بينهما منعا وجوازا بحسب القاعدة واختار الجواز فيهما وقال ما حاصله ان الثابت
في مسألة النذر معلق على الشرط فقبل حصوله لم يوجد السبب بخلاف المقام فان العقد
غير معلق على شيء من طرف العاقد الاصيل فانه قد التزم بالنقل منجزا على نفسه يجب
القيام بما التزم وتوقف تأثيره شرعا على اخبار امر آخر غير مربوط به فليس له ان
يتصرف فيما نقله عن ملكه ويكون ناقضا للعهد الذي عهده ومن هنا اندفع ما يقال
ان العقد لا ينعقد صحيحا وفاسدا فان كان صحيحا جاز له التصرف فيما انتقل اليه
ولم يجز له فيما انتقل عنه وان كان فاسدا فلا يعقل مانع
بحسب الاصل وان احتمل وجوده واخبار به لا اندفاع انا نختار الثاني ونمنع الملازمة
لان عدم جواز التصرف لا يستدعي حصول النقل فعلا بل يكفي فيه كون المال المنقول معرضا
للنقل بجعله والتزامه فلته وعلى هذا يجوز التصرف على النقل ايضا فليتنبه
الثمرة له لا ينافي عدم تمامية السبب حرمة التصرف بعد ان جعله في معرض النقل بالا
يجاب المقرون بقبول الفضولي بل مقتضاه الالتزام بعدم الجواز ولو بتحقق شرطه
يقبض ونحوهما يعتبر فيه ... فرق بين النقل والكشف لكنه غير فارق وهو ان
السبب غير تام على النقل واقعا وظاهرا وعلى الكشف ظاهرا لا واقعا فلا بد من
التكلم في اعتبار الاصل في هذا المقام وعدمه ولم ينبهوا على سقوطه وعدم اعتباره
دليلا على التمسك بوجوب الوفاء وانتفى بانه ... شبهة الشبهة موضوعية على تقدير
توقف الوفاء على تمامية السبب وكلمته على نقص وكفاية جزء السبب في ذلك فان قيل بالاول لزم
القول بجواز التصرف على الكشف ايضا عملا بالاصل وان قيل بالثاني لزم القول بحرمته على النقل
ايضا على ما اقتضاه التحقيق وما ذكره العالم في الوجه الثالث ثم اقول من التصرف فيما انتقل عنه على

الكشف وان عزى الى ظاهر القوم لكنه مما لم نجد به مصرحا نعم في كتاب الاستاد قده نسبة
الى العلامة والسيد عميد الدين والمحقق الثاني وجماعة اخرى قدس الله اسرارهم ولا ادري
من اين استفيد ذلك واظن ان منشاء النسبة قولهم في النكاح ان الاصيل يجب عليه الالتزام
باحكام المصاهرة كحرمة تزويج الخامسة وتزويج الامة والاخت وغيره الى ان قال كشف
اللثام ففي الاشكال في ذلك بناء على ان الالتزام باحكام المصاهرة كحرمة تزويج الخامسة
مثلا لا وجه له سوى كون العقد من طرفه لازما واني مقتضي كون العقد لازما من طرفه الاصيل لا جل
كما هو مصرح به في جامع المقاصد في باب النكاح حرمة التصرف فيما انتقل عنه فرضا تكونها
من مقتضياته وهي لا ربط لها بالحكم بالالتزام باحكام المصاهرة ليس لاجل الكون كون
العقد واجب الوفاء على الاصيل بل الاطلاق ما دل على ترتبها على العقد المجرد عن الوطي واذا
احتمل في القواعد ترتبها على العقد من الجانبين بل على العقد الذي باشر الفضولي لمان
مع الاصل وفسخه وما هذا الا من جهة الجمود على اطلاق ادلة المصاهرة فظر الى صحة
على الايجاب المقرون بالقبول واين هذا من وجوب الالتزام بالاثار لنماء العقد المؤثر
مع ان وجوب الالتزام باحكام المصاهرة ليس مسلما عندهم لان قدس الله روحه صرح به اولا في اخر المسئلة التزويج
الا ولياء لكنه استشكل فيه في باب المصاهرة في خصوص الاحكام المترتبة على مجرد العقد من دون وطي وقال
فيه وجوه اشكال ترتبها ... وغيره مما كذلك والتفصيل بين الاصيل فيجب عليه الالتزام
بها دون غيره وشرح المحقق الثاني مقتصرا على بيان الوجوه من غير ترجيح واختيار شيء منها
وكاشف اللثام ذكر وجوها للمسئلة ثم اختار الوجه الذي اخترنا قال في قول الماتن هل
يشترط الالتزام اللزوم مطلقا او من طرفه يتفرع من الشك في كون الاجازة متممة للعقد
لو كاشفة وعلى الصحة هل يتبعض بتبعض الاجازة في ان اللزوم ظاهرا يوجب ترتيب الاحكام
عليه وفي صداق فسخه بدون اللزوم وهو الوجه في الوجهة في التردد
ويرجح الاخير كالاصل الاول انتهى فقد صرح بما قلنا بان حكم المصاهرة ليس

من جهة اللزوم بل من صدق العنوان بمجرد العقد واما الثاني فلان اللزوم من
طرف الاول انتهى بعد الاصيل بمعناه عدم سلطنته على الفسخ وهذا ينافي الالتزام
بالاثار النقل فيما انتقل عنه عليه ودعوى دلالة اللزوم على ذلك مصادرة واضحة ومباهتة
بلية ثم قوله لم يفرق العلامة ولا غيرهم في باب النكاح بين القول بالنقل والكشف مع انه
من المتوقفين بينهما ورجح شيئا من القولين في البيع حيث قال وفي وقت الانتقال
اشكال والنكاح موضوع في البيع سيما ان لو كان الالتزام باحكام المصاهرة متوقفا
على القول بالكشف لم يجز له القول بها مع توقفه في المبنى وكان عليه ان يقول على وجه او على
او نحو ذلك مما هو عادته ثم صرح كاشف اللثام ونا قاله ايستفاد ومن تحقيق جامع
المقاصد في شرح العبارة الاولى باحرمة المصاهرة في حق الاصيل حكم ظاهري متوقف على
الاجازة وهذا لا يدل على ابتنائها على الكشف كما لا يخفى لكن يرد عليه التناقض في الكلام
سيما في شرح العبارة الثانية بما عرفت ومقتضاه عدم الابتناء عليه كما لا يخفى و
الحاصل ان الثمرة المذكورة غير جيدة اما ان يقول بالمنع على الوجهين كشفا ونقلا
او بالجواز ... وقد ظهر وجهان المنع والجواز كما ظهر وجهان المنع والجواز كالظاهر
وجهان الثاني وفاقا لبعض المحققين بعد ان احتمل المنع احتمالا ثم اعلم ان الكشف
الحكمي باقسامه الثلثة حكمه حكم النقل وهو واضح ولا فرق بين اقسام الكشف
الحقيقي الا في الوصف الانتزاعي فقد يقال بل قيل انه ايضا مثل النقل ضرورة عدم
تحقق ذلك الوصف فيه كما لا يخفى اذ مع الشك في لحوق الاجازة لا وجه للحكم بعدم
تحققه سوى الاصل الذي قد ظهر حاله كيف يكون حكمه حكم النقل نعم مع العلم بعدم لحوقها
لا اشكال في كونه مثل النقل هذا كله مع شك الاصيل في لحوق الاجازة واما مع العلم
فالحكم واضح لانه ان علم بعدم اللحوق جاز له التصرف على الكشف والنقل ولا ثمرة
واحتمال اطلاق كلامهم في المنع ضعيف وان علم باللحوق فالثمرة المذكورة جيدة وتنزيل

الوطء فيها على هذه الصورة بالمفاد حيث لا تعليق المنع في كلام بعض الاصحاب ووقوع الهبة
بانه لا يتاتى الا في صورة النسيان على القول بجواز التصرف لعدم تحقق العلم واحتمال انه كالمعلق
عن بعض الاوجه لا ان يقال انه جعل ما له في معرض الانتقال الى الغير فيجب عليه الكف
عن التصرف فيه امتثالا للوفاء المامور به وهذا الوجه اجرى مع الشك في لحوق الاجازة
جاز ايضا ولا احتياج الى العلم بالحوق وقد يقال على الكشف الحقيقي لا يجوز بعض
واضح من غير ان يتطرق اليه الاشكال المتقدم في صورة الشك في لحوقها لان الحكم بالحل
فقد يكون الشرط هو نفس الاجازة المتاخرة ان العلم بلحوقها لا يوجب الا بسبب
النقل قبلها فيختص القاعدة بجواز التصرف قبل النقل والكشف الحكمي قبل النقل
قبل المكلف ومما ذكر امكن استثناء الحكم تصرفه فيما انتقل اليه في صورة الشك والعلم
وبعدم الاجازة التصرف فيه مطلق سواء فيه النقل والكشف باقسامه ومع العلم بعدم
الاجازة بعد ومع العلم بلحوقها لا يجوز على النقل وكذا على الكشف الحكمي وكذا على
الكشف الحقيقي على الوصف لا الشرط في صورة حصول الانتزاع بمجرد العلم بالتعقب
وكيف يكون مثل النقل وكذا على احتمال كون الاجازة شرطا للعلم باستكمال
السبب لا نفس السببية واما على تقدير كون الاجازة المتاخرة شرطا فلا يجوز
لان السبب بعد غير كامل وان علم انه يستكمل بالاجازة لا يجدي في جواز التصرف قبله
على النقل ومنهم استشكل عدم الجواز على الكشف والنقل ويحسن له ان يقال
بان المتلف شرطه والا فلا وجه له فانهم هذا المعنى اخذ التطبيق وتفصيل ان
التصرف الذي لا يكون مستتبعا لا شيء ونفي كبعض التصرفات التي اجوزها
او يكون مستتبعا له على الثاني فاما ان لا يكون مخرجا للعقد
عن قابلية الاجازة او يكون وكذلك على الاول فاما ان يكون ذلك
الاثر تابعا للحل والحرمة في اعتقاد المتصرف او لم يكن منافيا

للواقع

للواقع كالتعزير والتضييق على القول بترتبه على التحري او مع اشتراط المصادفة كالحد ونحوه او يكون للملكية الواقعية من غير مدخلية للجواز والمنع الظاهرين وعلى النقل لا اشكال في فساد التصرف وعدم ترتب الحكم الوضعي عليه في المنتقل اليه كما لا اشكال في العقد وترتب الوضع في النقل عنه الى ان يبطل بعد جواز تصرفه فيه على النقل ايضا بناء على جعله في معرض النقل الى غيره فيجب الكف وفاء للعقد وحيث لا اثر الوضعي ايضا واما على الكشف فيختلف الحال في الصور حقيقة او حكما كما يظهر للبصير بالقواعد بعد التامل في الوضع المترتب على الجواز والمنع الاعتقاديين بنظر الى ما تقرر في التكليفي كما هو واضح وفي الوضع المترتب عليهما بشرط المصادفة كالحقيقي ايضا على ما تقدم فان قلنا بجواز التصرف في المنتقل عنه ظاهرا لم يترتب الحد عليه وان قلنا بالكشف الحقيقي لان غاية ما هنا انه وطء امة الغير واقعا وهو لا يوجب الحد مع الجواز ظاهرا واما الولد فيلحق به للشبهة وان كان نماء لملك الغير واقعا ورقا للمالك اذا كان الوطء حراما واما ان قلنا بالكشف فلا يختلف الحال في ثبوت الحد ورقا الولد فيه وجهان احدهما الحكم بصيرورته رقا للمالك بعد الاجازة من حين الولادة لانه مقتضى الحكم الكشف الحكمي اعني اجراء احكام الملك على المنتقل عنه في حق المالك وثانيهما العدم والحكم ببقاء الولد على الحرية السابقة بناء على افتقار الاسترقاق الى اسباب معينة ليس هذا المقام منها وان قلنا بالمنع تعلق حق وكان الولد رقا للمالك بناء على الكشف الحقيقي وعلى الكشف الحكمي احتمل ذلك لانه مقتضى الحكم بوقوع الوطء في ملك الغير بعد الاجازة واحتمل الحرية لانها مقتضى وقوع الوطء في ملك نفسه حين الوطء فلا ينقلب رقا للمالك بناء على افتقار اسبابها وعدم كون المقام منها كما مر ولو تصرف بالوطء في المنتقل اليه كما لو وطئ الامة المشتراة فلا اشكال في حصول الاستيلاد على القول بالنقل والكشف الحقيقي وان كان محرما في الوطء قبل

استيضاح الحال واما على الكشف الحكمي ففيه ايضا الوجوه الماضية نعم يحقق الاستيلاد على القول بالنقل نظرا الى الوطي في ملك الغير وتحققه نظرا الى لزوم الحكم والبناء على احكام الملكية الثابتة التي منها حيث ورود الاستيلاد والله وهكذا الكلام في غير الاستيلاد من انواع المترتب على الواقع بشرط الجواز مع بقاء العقد قابلا للاجازة ولو تصرف في المنتقل عنه بالاتلاف حقيقة او حكما كالبيع والعتق ونحوها من التصرفات المخرجة له من الملكية وجعل الاجازة على النقل الا الاشكال في نفوذه وعلى الكشف الحقيقي لا اشكال في عدم نفوذه وعلى الحكمي فقد فيه وجوه احدها عدم النفوذ مطلقا نظرا الى كونه تصرفا بكشف الحكمي والبناء على الانتقال سابقا بعد الاجازة وثانيها النفوذ كذلك لانتفاء الموضوع بعد ملاحظة ادلة صحة التصرفات وعدم وجود المانع عندها فلا يبقى مورد للاجازة فيبطل العقد وثالثها التفصيل بين ما يمكن الحكم بزوال اثره بعد الاجازة من التصرفات كالبيع وما لا يمكن كالعتق ففي الاول يحكم بالزوال ويبنى على فساده بعد الاجازة كما هو احد الاحتمالين والقولين في تصرف من عليه الخيار بعد فسخ من له الخيار وفي الحكم ببطلان العقد لخروجه عن قابلية الاجازة او يحكم بالمثل والقيمة جمعا بين ادلة صحة ذلك التصرف وادلة الكشف الحكمي نظير القول المشهور في تصرف من عليه الخيار ورابعها النفوذ قبل الاجازة وعدم النفوذ بعدها لان مقتضى الكشف الحكمي البناء على صحة العقد في الزمان الممكن دون الممتنع نعم لو ترتب على البناء على صحة العقد قبل الاجازة فائدة في المستقبل كالنماء المملوك والنماء الحادث ونحوها استحقها المالك والقابل يقتصر على الالتزام باثار العقد في المستقبل وخامسها النفوذ مع التدارك مطلقا سواء كان قابلا للزوال او لا والفرق بينه وبين الثاني هو فساد العقد على الثاني والصحة على هذا الوجه وهذا هو الاوفق بالادلة جمعا

بين

بين ادلة الكشف الحكمي وبين صحة التصرف السابق وهنا ~~الحكم ساكت وهو الحكم بفساد~~ التصرف دون العقد بناء على ان الكشف الحقيقي يقتضي البطلان كما لا يخفى فيكون الكشف الحكمي مثله وفيه ما مر سابقا من الحمال لان التصرف حين وقوعه وقع صحيحا فكيف ينقلب فاسدا وكيف يعقل حكم الشارع بفساده بعد الاجازة وقد تقدم الاشارة اليه في تصرفات المالك التي ليست ردا وقلنا بان التصرف ليس من الرد كما يأتي توضيح الحال فيه كما تقدم حكم تصرف المالك ايضا بناء على عدم كونه ردا وذكرنا هناك ايضا بعض الاحتمالات التي ذكرناها هنا في تصرف الاصيل فيما انتقل منه عليك باجراء ما لم يذكر من الاحتمالات اذ المسئلتين من باب واحد فتاتي في تصرف المالك ما ذكرنا في تصرف الاصيل حرفا بحرف والله العالم

ومنها اي من الثمرات جواز فسخ الاصيل قبل الاجازة على النقل بناء على جواز فسخ الموجب قبل القبول او قبل سائر الشروط كالقبض وعدم جوازه على الكشف بكون العقد تاما من جانبه وان كان المالك مسلطا على الرد وفيه ان جواز فسخ الموجب قبل القبول ان لم يكن اجماعيا محل كلام لان مقتضى الوفاء المأمور به عدم الفسخ ووقوعه لاغيا ولو سلم ذلك قبل القبول فمعناه قبل الاجازة ايضا كالقبض فيما يشترط به ولو قلنا بعدم وجوبه على الموجب خاصة لكونه ايجابا بمجرده ليس عقد الغير او عقدا مامورا به شرعا اذ الشروط لا مدخلية لها في صدق العقد فلا وجه لتوقف الوفاء به عليها ولو سلم كل ذلك امكن القول بجوازه على الكشف ايضا وان كان السبب تاما لان السبب التام اذا لم يترتب عليه الاثر الفعلي لا دليل على لزومه وما سوى صدق البيع او العقد وهو منقوض بنفس الايجاب وعدم الايجاب والقبول الفاقدين للشرط لصدق العقد والبيع على مجرد الايجاب او عليه مع القبول قبل حصول الشرائط وكل دليل دل على عدم

اللزوم او جواز الفسخ مع صدق العقد قبل تحقق شرط الصحة والتاثير امكن اجرائه
على عدمه مع تحقق الشرط ايضا انا كان الاثر المقصود من العقد غير حاصل ثم
انهم في غير مقام يصرحون بان العقد تمام موضوع الاصيل كما مضى منهم فرقا في
غير بين النقل والكشف وفيه بعض الشهادة على فساد الثمرة وكيف كان فالكشف
الحكمي حكمه حكم النقل كما لا يخفى وان احتمل الحاق الكشف الحقيقي على ضعف
يحتاج الى التامل ومنها نماء ملك المالك فعلى النقل فهو له وعلى الكشف
فهو للاصيل ولعل نماء ملك الاصيل ففي الروضة انه على النقل قبل الرد
يكون للمالك وقال بعض المعتبرين من المحشي على الروضة في توجيهه
ان السبب في جانب الاصيل غير موقوف على شيء فيكون النماء للمالك
وهذا من المواضع التي وعدناك فيدل على انقطاع علقة الاصيل
عن ملكه كشفا ونقلا وفيه ما ترى من عدم تحقق النقل بالنسبة
الى اصل الثمن مثلا فكيف عن نمائه وفهم عن من وجهه بان المراد نماء
كل من المبيع والثمن لصاحبه على النقل وهو حسن لكنه خروج من
صريح العبارة كما لا يخفى لمن راجعها الا انه لا بد منه ومن توجيه آخر ٢ والذي يحكم منه تلف
لتحسين الكلام على ما لا ينبغي من مثله ومنها ما لو اشترى عبدا او فهو اولا مانع من صدوره
مصحفا ثم كفر قبل الاجازة فعلى الكشف يصح دون النقل ورد بامكان ا الهاء ملكا لله صح
القول باشتراط بقاء القابلية المالكية لكل من المتعاقدين الى زمان الاجازة على
القول بالكشف ايضا نظرا الى ظهور ادلة الفضولي في ذلك او انه
هو القدر المتيقن في الخروج عن القاعدة وهو حسن لو كان الدليل
لو كان غير العمومات والا فلا وكذا الحال في سائر انحاء زوال القابلية
فلا بد من ملاحظة الموارد وليست على نسق واحد كما يقتضيه كلام ذاكر الثمرة
وحيث جعلها زوال القابلية الملكية عن احد المتعاقدين فبنى صحة العقد على الكشف

مط

تفصيل ٧

مطهر من غيره والاصح ما قلنا فلو زال القابلية بالموت فان كان هو المالك بني على الانتقال الى الوارث
الى الوارث فان قلنا بالانتقال صح على الكشف والنقل كما لا يخفى فلا ثمرة وان بني على عدم
الانتقال كما هو الاقرب فسد العقد على الوجهين لعدم المجيز فلا ثمرة ايضا وان كان هو الاصيل
صح على الكشف بلا اشكال وعلى النقل قد يقال ايضا بالصحة لعدم المانع من عموم الادلة
ودعوى مانعية انتقال المال الى الوارث وتبدل المالك الاول العاقد لان هذه
المامور بالوفاء وهو الاول قد مات والمالك الثاني ليس بعاقد حتى يكون
مامورا بالوفاء مدفوعة بان الامر بالوفاء المتوجه الى الاول او المورث كاف
في انتقال المال من وارثه الى الاخر على اجازته فاذا اجاز اخذ الثمن بمقتضى
العقد الصادر من المورث اللهم الا ان يمنع من تعلق الحق وبعد تمامية
العقد من طرفه لا يقتضيه ولا اقل من الشك القاضي بفساد العقد وعدم
نفوذ الاجازة ورواية تزويج الصغيرين مورد ها موت احد الزوجين
فتدل على القول بالكشف اولا يتصور الصحة على النقل في النكاح بالنسبة الى
الميت الذي هو منصوص في الرواية فلو انعكس الفرض بان كان كافرا
فاسلم قبل الاجازة فلا اشكال في الفساد على الكشف الحقيقي وعلى النقل
احتمل الصحة اذ لا دليل على اشتراط الاسلام في شراء المسلم سوى ما
ما دل على عدم سبيل للكافر ونحو مما يستفاد منه نفي السلطنة المالكية
وهو غير ثابت قبل الاجازة وليس من شرائط تاثير الصيغة واحتمل الفساد
بناء على التمسك بظاهر الادلة على اشتراط القاضي به صريحا في مسلك غيره
من الشروط وعلى الكشف الحكمي وجهان يظهر بالتامل ولو زال
القدرة على التسليم فقد ذكرنا حكمه في شروط الاجازة و
ذكرنا ان لا قوي الصحة على الكشف ايضا ولو انعكس بان كان
معدوما ثم وجد قبل الاجازة انعكس الحكم ايضا فيصح على النقل دون

ملاته انما ورث ملكا متعلقا بحق الغير لا كما هو حال المورث خاليا من تمامية العقد من الاصيل الى الوقت ... صح

٥

الشفعة صح

دون الكشف الحقيقي والحكمي وجهان يظهران بالتأمل وعلى ما ذكرنا ما فيس
سائر الشروط منها خروج احد العوضين او كلاهما عن قابلية التمول لعروض نجاسته
او موت ونحوهما فعلى الكشف يصح وعلى النقل لا يبطل ولا ينفع الاجازة بعده
وربما يستأنس له برواية التزويج لان موت الزوجين اللذين هما بمنزلة المالكين
في البيع اذا لم يكن موجبا لفساد العقد فموت احد العوضين او خروجه عن قابلية
التمليك يكون كذلك بطريق اولى والطلاق ورواية عروة ايضا فانه بالقطع حيث
اجاز النبي صلى الله عليه وآله من غير نظر الى بقاء الدرهم في يد البائع وبقاء
الشاة في يدي المشتري والحاصل ان خروج العوض عن ملكيته على القول
بالكشف غير قادح من حيث القاعدة ولا من حيث الاخبار ولكن يبقى هنا
لكل كلام في ورد بعض المحققين في الشرط الرابع من شروط نفوذ الاجازة
وهو ان الحكم بالقبض موجب للانفساخ بقاعدة كل مبيع تلف قبل قبضه
فهو من مال بايعه لان الموت قبل الاجازة تلف قبل القبض وكذا استحالته البهيمة دما
ونحوها الى ضرورة صدق التلف مع زوال المالية فيلزم من وجود العقد لغلا الله
نعم لو فرض حصول القبض وقلنا بجريان الفضولي فيه ايضا كان الحكم بالقبض
على العقد صحيحا حيث لا يكون الاجازة سفها كما اذا لم يكن التالف نماء
باق او اجرة فالبد للمسألة الا و الا اشكل الصحة على الانفساخ ايضا لان
الاجازة ح سفه خارج عن مقاصد العقلاء لا يقبل الامضاء وقد لا
يحتاج الى القبض الفضولي ح لان فائدة الصحة على الانفساخ ايضا
تظهر في النماء والاجرة والحاصل انه متى فائدة وامر الاجازة مع القبض
او بدونه صح على الكشف الا و قد يظهر الثمرة في التعلق حق الخيار في حق
الشفعة للاول على الكشف وللثاني على النقل ولو باع زكويا قبل الحلول
فحل قبل الاجازة فسقط الزكوة عن المالك على الكشف وثبت على النقل

والثمن

والثمن الزكوي ايضا كذلك فعلى الكشف سقط عنه الزكوة واما على النقل فان قلنا
بجواز التصرف المشتري فيه لم يسقط والا فسقط ايضا لعدم التمكن من التصرف ولو وهب
قبل انقضاء السنة فاجاز المالك بعدها فعلى الكشف يجب من المؤنة في الخمس وعلى
النقل يجب اخراج خمسه وهكذا الى غيرها من الفروض التي يظهر منها ثمرة القولين
ومن ثمراتهما ايضا جواز تتبع العقود فانه مبني على الكشف دون النقل وياتي توضيحه
انشاء الله تعالى

المسألة الثانية لو قال المالك اجزت من وقت الان قاصدا عدم حصول
النقل والانتقال قبل الاجازة لم يكن لذلك على القول بالكشف كما انه لو عكس لم
يفد على النقل لان فائدة الاجازة انما هو حصول شرط الرضا واما ترتب الاثر
فهو من الاحكام الثابتة للعقد فلا يغير بقصد المجيز فان فعل ذلك اشكل صحة
العقد لانه في الحقيقة غير راض بموجب العقد فلا يكون اجازة ويحتمل الصحة لان
الرضا بالسبب يكفي في ترتب الاثر ولو لم يرض بالمسبب فهو كما لو اجاز النكاح ولم يرض بما
يترتب عليه من الانفاق وحل النظر وسائر الاحكام والاول لا يخلو عن قوة

الثالثة الاجازة لا تورث لعدم الدليل على كونها من الحقوق القابلة للانتقال
فهو كجواز الفسخ في الخيار فلو مات المالك بطل العقد لامتناع لحوق الاجازة و
ليس للورثة اجازة العقد السابق لانه لم يقع على مال الوارث وقع على مال
الغير فيدخل في مسألة من باع ثم ملك على ما سيعرف الخلاف والصواب فيها فان
قلنا هناك بالصحة قلنا بها هنا

الرابعة اذا قبل الفضولي البيع وقبض
الثمن فان اجاز العقد خاصة وقع الاقباض والقبض فضوليا يقبل الاجازة
فان قد عرفت الاشكال في ذلك سابقا بل الاجازة رضا بالشراء
باستمرار القبض فيكون كالابتداء ونقل في محكي المختلف عن الشيخ ان المالك
لو اجاز بيع الغاصب لم يكن له مطالبة الثمن من المشتري ثم ضعفه بان الاجازة
للبيع ليس اجازة للقبض فكلاهما يوهمان جريان الفضولي في القبض ايضا ويحتمل

فرنا حملها على ما ذكرنا من حصول القبض بالاجازة من حينها لا من حين العقد وما
ذكرنا ان لا يختلف الحال بين الثمن الكلي والجزئي خلافا للشهيد الثاني حيث فرق بينهما
بان الاجازة في الجزئي يرجع الى اسقاط الضمان من المشتري فتصح ولما في الكلي
فيرجع الى جريان الفضولي في التعيين وهو محل اشكال وبد فقران مرجعها
في الموضعين الى حصول القبض والتعيين من حينها لعدم الفرق بين الابتداء
والاستدامة في الامرين نعم يرد اشكال ما لو كان القبض في المجلس شرطا
في صحة العقد فانه مبني على جريان الفضولي في القبض فان قلنا به نفذت الاجازة
فيه ايض فان اجازه ايض فهو وان اجاز العقد خاصة فقد ذكروا
انه يكون اجازة للقبض ايض تحصيلا للعقد السليم عن الفساد وهو حسن مع علمه
بشرطية القبض لا مع الجهل بالاشتراط وان قلنا بعدم جريانه كما هو الاقرب لم
يجز عقد الفضولي في الصرف ونحوها بعد انقضاء المجلس الخامس ليست
الاجازة على الفور فلا يضر التوالي والتأمل في الصلاح والفساد لعموم الادلة
فان طال الزمان وتضرر الاصيل بالصبر فان قلنا ان له الفسخ قبل الاجازة
مطلقا كشفا ونقلا على احد الوجهين الماضيين والا لم يبعد الحكم بجواز
الفسخ له هنا دفعا للضرر ولو كان العقد نكاحا فقيل ايض بجواز الفسخ
هنا وامكان النكاح لا ينفسخ بغير الاسباب المحصورة لعموم لا ضرر مع اختصاص
ما دل على عدم قبوله للخيار بغير المقام وهو غير بعيد ولو كان الزوج غائبا رفع
امره الى الحاكم فان قلنا بجواز الفسخ للاصيل رخصه فيه وان لم نقل به مطلقا
او في خصوص النكاح فقيل انه يرسل اخبارا الى المالك ويخيره بين الامضاء والرد
وان تعذر عليه الارسال لجهل مكانه ونحوه باشر هو بنفسه لرده دفعا
للضرر عليها وهو غير بعيد وهذا ليس من الطلاق فلو لم نقل باجبار
الحاكم عليه او بجواز مباشرة الطلاق في مثل المقام ما يوجب الاضرار عليها

لكن

لكن اثبات جواز الفسخ هنا للضرر ثم لو كان في فسخ البيع ضرر على المالك لم يبعد مباشرة
الحاكم للامضاء ايض مسقطا المال الغائب عن الضرر بناء على الكشف حتى
السادس لو وقع عقدان على مال واحد فاما ان يتحد المحل او يتعدد
فان اتحد المحل وتنافى مفادهما كان باع اثنان مال اصيل فضولا من رجلين
على التعاقب فان اجاز احدهما دون الاخر فلا كلام وكذا لو اجازهما
على الترتيب فان اجازة الاخيرة لا عبرة بها كما لا يخفى واحتمال كشف الاجازة
اللاحقة عن لغوية الاولى سخيف لا يلتفت اليه وان اجازهما دفعة تعارضت احتمل
تعارض الاجازتين وبقاء العقدين على حالهما ويحتمل فساد العقدين كما عن وقف كشف
الغطاء وهذا على النقل صحيح واما على الكشف ففيه نظر لان اجازة الاول
يوجب خروج اللاحق عن قابلية الاجازة كما لا يخفى واما اجازة اللاحق
فهو على تقدير صحتها كاشفة عن فساد الاول لا عن عدم قابليته
للاجازة فيجب الاخذ بمقتضى الاول لوجود المقتضي وعدم المانع
لكن الاحسن ما قيل هنا في التضعيف لاحتمال فساد العقدين والتحقيق انا
لو قلنا بان الاجازة كاشفة عن التراضي المقارن ولو تقديرا كما هو المختار في
تصحيح الكشف لزم الحكم بصحة العقد الاول اذ لا منافاة بين مفاد
الاجازتين الا ان مفاد اجازة العقد الثاني غير مفيد لشيء بخلاف
مفاد اجازة العقد الاول فانه لازم حصول النقل والانتقال من
حينه توضيحه ان غاية ما نستكشف من الاجازتين رضاء المالك بكلا
العقدين في الواقع ونفس الامر وهو يقتضي صحة الاول وفساد
الثاني لان العقد السابق لما كان سابقا مع اقترانه بالرضاء
التقديري كان سببا لخروج المبيع عن ملك المالك واما العقد
اللاحق فهو وان كان مقارنا للرضاء تقديرا ايض الا ان الرضاء

متعلق بمال الغير فلا يفيد شيئاً واما لو قلنا بان الاجازة تحدث الرضاء
من حينها وان الكاشف عن صحة العقد الفضولي سابقاً هو هذا الرضاء
اللاحق المستكشف بالاجازة فلو وجد المصحح الاول بعد مشاركته للثاني
في شرط الصحة اعني الاجازة ودعوى سلامته او فوقية الاول عن المعارض لان تصحيح
يوجب خروج الثاني عن قابلية الاجازة بخلاف صحة الثاني فانها منافية
ومضادة لصحة الاول لا انها مخرجة له عن القابلية كلام لا ظاهر له
لا روح له في بادي الراي فكيف بعد الامعان ضرورة خروج كل منهما
عن قابلية الاجازة مع صحة الآخر وليس خروج الاول تخصيصاً والثاني
تخصيصاً حتى يرجح بقاعدة ترجيح التخصيص على التخصص متى دار الامر
بينهما فلا مناص بناء على طريقة الناس من حدوث الرضاء بحدوث
الاجازة عن الحكم بتساقط الاجازتين وبطلانهما لعدم المرجح ثم
بعد ذلك يبقى الكلام في بقاء العقدين على حالهما او بطلانهما
على ما عرفت الى وقفه كاشف الغطاء ولعله قياس بالعقدين
الصادرين من الوكيلين لان العبرة في التقارن بالجزء الاخير من
السبب لا بالجزء الاول والاجازة شرط في الصحة كل من العقدين
السابقين المترتبين كشفاً ونقلاً بلا خلاف والمفروض حصول شرط
كل منهما في زمان حصول الآخر فيكون العقدان للشروط بعد
استكمال الشروط متضادتين متعارضتين فاسدين لعدم الترجيح
كالعقدين الصادرين من الوكيل وفيه نظر لانه قياس مع الفارق
حيث ان عقد الوكيلين تقارنا وهما جامعان للشرائط فلا جرم
تعارضان وبطلان واما عقد الفضوليين فليس بينهما تقارن
حتى يبطلان بالتقارن بل انما هو في شرطهما فغايته ما هنا بطلان
التقارن

الشرطين

الشرطين وسقوطهما من الاعتبار فيبقى العقدان على حالهما من الوقوف فعلى هذه
الاجازة فايهما اجازه ثانياً صح وظهر ان اوجه الوجوه الثلثة هو الاول لما
ومما ذكرنا وما ذكرنا يظهر حكم ما لو كان العقدان مترتبين هذا كله
مع اتحاد المحل ولو تغاير المحلان بان كان احدهما متعلقاً بالعين و
الآخر بالمنفعة كالبيع والاجارة فان كانت الاجارة سابقة صح العقدان
ان كانت الاجارتان متعاقبتين او كانت اجازة الاجارة سابقة لعدم المنافاة
بينهما لكن يثبت الخيار للمشتري مع جهله ولو كانت اجازة البيع سابقة
بطلت الاجارة من حين المجيز ونتيجة توقفه على اجازة المشتري ويعرف حال
النكاح الجامع للبيع مما ذكرنا في الاجارة فلو كانت اجازته سابقة على
اجازة البيع صح وثبت الخيار للمشتري وان كان رهناً فاجازه قبل
البيع بنى على صحة البيع الراهن والا لغى اجازة البيع فلو اجازهما دفعة
فالظاهر صحتهما غاية الامر كان كون البيع متعلقاً لحق الغير نظير كونه مسلوب
المنفعة او تعلقه اجارة الاجارة وليس هو من باب الرهن المختلف في
بطلانه او توقفه على اجازة المرتهن كما يظهر بالتامل ولو باعا عن واحد
فاجازهما دفعة كما لو باع الوكيلان دفعة فلو اتفقا في المقدار فلا كلام
وان اختلفا بالزيادة والنقصان في الثمن صح الزائد لعدم المانع و
كذا لو اختلفا في الاطلاق والاشتراط واحتمل بعض فساد العقدين
لتضادهما في الخصوصيتين اعني الاطلاق والتقييد فيكون كما باعا بثمنين
مختلفين وهو ضعيف لعدم التضاد والتنافي بينهما كما لا يخفى
واحتمل ايضاً صحة المطلق دون المشروط الخروج الشرط من
اركان العقد وسقوطه باعتبار التعارض صحيحاً ما قيل انه زائد سواء
كان سواء كان مطلقاً او مشروطاً فلو كان احدهما مع الخيار والآخر

٥

بدونه صح اللازم لان اثره بعد من اثر الامر فيجب الاخذ به كما يجب الاخذ بما
المثبت مع معارضة الثاني وفي الحمل لمن ضعف واضح والاصح ما قلنا
والله العالم السابعة ولو ترتب العقود على المبيع او على الثمن او عليهما
فاجاز المالك المبيع والثمن فالاجازة تارة تتعلق بالاول واخرى بالوسط
وثالثا بالاخير وتختلف ثانيه هاء في صحة العقود المطلقة في الحكم فقد يبني
على اجازة الواحدة صحة غير واحد سابقا او لاحقا او هما معا ولا يؤثر الا
الا في صحة مورده او توضيح الحال في ضمن صور يعرف حكم ما عداها
من المقايسة بها الاولى ان يتعدد العقود على المبيع وفيها مسئلتان
الاولى ان يتحد البايع بان الفضولي مرارا باع فباع اولا
من زيد ثم من عمرو ثم من خالد وهكذا فالاجازة في كل واحد لا توثر الا
في صحة نفسه وليس لاجازة فيه على الكشف وللمشتري اجازته على النقل
اذ لا مانع منه سوى انه اشترى ثم ملك فلم ان يجيز العقد السابق
على ملكه من غير اشكال لان اشكال المتقدم في اشتراط مالكية المجيز
حين العقد كان مبنيا على الكشف دون النقل فعليه لا يشترط مالكية
حال العقد بل لا اشكال خصوصا اذا لم يكن البايع قصد البيع لخصوص
المالك بل قصد البيع لمن المالك الكلي لا لاحد فاهرا في بعضه لكنه ان لم يكن لاجازة احدهما
ما قلنا وثانيها الصحة بدون اجازة وثالثها البطلان بدون
اجازة تعدد الاجازات من عنه مالك المبيع الاصلي ولا يخفى ضعف الوجهين
خصوصا الاخير ويأتي نظير هذا الكلام في نظير المسئلة الرابعة
وعلى الكشف يبني جواز اجازة المشتري على الصحة من باع ثم ملك
ولا فرق فيما ذكرنا بين اجازة الاول والثاني والثالث
الثانية ان يتعدد البيع مع تعدد البايع بان باع من زيد

ثم باعه

المبيع

بايع

لان البايع

ثم باعه من عمرو ثم باعه من بكر وهكذا فان اجاز الاول صحت العقود
اللاحقة على الكشف من غير حاجة الى اجازة المشتري اذا كان هو المالك لكون
البيع فضوليا والا بني على ما تقدم في مسئلة ما لو باع ثم ملك قال ابيه رحمه الله
لحبوه فبان مبتنيا من التوقف على الاجازة على احد القولين واقويهما وان اجاز
الثاني صح وصح ما بعده لا ما قبله وهذا امور ربما يقال ان الاجازة
في العقود الواقعة على نفس مبيع المجاز وما بعده دون ما قبله على
عكس الاجازة في العقود الواقعة على ثمن كما يأتي دون الصورة الاولى
والميزان هو استلزام صحة الاول لصحة الثاني وتوقفه على الاول
دون وحدة البايع وتعدده كما قيل اذ يمكن فرض تعدد البايع في الصورة
الاولى ووحدته في الصورة الثانية مع عدم بقاء الحكم المذكور على حاله
اللهم الا ان يراد بالتعدد والوحدة ما يعم الحقيقي والحكمي فيصح الميزان
المذكور ايضا لان البايع الثاني في الصورة الاولى بيع فضولة عن
المالك الاصلي ايضا فكانه صدر البيع الثاني عن الفضولي الاول
لاتحاد جهة بائع الفضولي من غير مدخلية لخصوصية كل منهما و
كذا البايع في الصورة الثانية اذا فرض اتحاد ثانيه مع اوله
فان ذلك انما يكون مع قصد البيع للمشتري وكونه فضوليا عنه لا عن
المالك فكانما صدر البيع من المشتري لا فيتعدد حكما هنا كما يتحد
كذا في الاولى وكيف كان فلا اشكال في صحة جميع العقود السابقة
لان الصحة بعضها تقتضي انتقال المبيع الى المشتري في ذلك
العقد فكيف ينتقل من طرف المالك الى المشتري فيه المجاز الثاني
عنه لكونه جامع المقاصد احتمال صحتها بالاجازة على القول
بالصحة فيمن باع مال غيره فضولا ثم اشتراه وهو حسن في حق المشتري

فله ان يجيز بعد الشراء اجازة المالك بعض العقود السابقة بناء على
الصحة في تلك المسئلة واما في حق المالك فيبطل كلها كما لا يخفى
ولكن الفرق في صحة العقود اللاحقة باجازته سابقها في الصورة الثانية
لكن يحتاج الى اجازة المشتري البايع لو كان عالما بفضولية العقد
الاول لما سبق من توقف طيب النفس على اجازة البايع لو كان دافعا
مال الغير الواقع غير مالك في الظاهر وانما لم يصرحوا بذلك هنا اعتمادا
على تلك المسئلة واختيار القول بعدم التوقف في تلك المسئلة
وقد حققناه فيما لو باع مال ابيه فبان ميتا عند العقد واما النقل
فلا اشكال في كون العقود الاخيرة فضولية محتاجة الى اجازة
من تملك البايع متاخرا عن زمان العقد فله ان يجيز كما عرفت في
الصورة الاولى واحتمل في جامع المقاصد احتمال الصحة بدون
اجازة المشتري ولا ارى له وجها على النقل واضعف منه
احتمال الفساد لامتناع الاجازة من المالك المغصوب عنه لان
امتناعها عنه لا يقدح بعد امكانها ممن انتقل اليه وخصوصية
الغصب ايضا لا مدخلية لها في المقام كما لا يخفى الثالثة ان تتعدد
العقود على الثمن ونحوها صورتان الاولى ان يتعدد العقد على ثمن
واحد بان باعه بفرس ثم باع الفضولي الفرس بدرهم ثم باع
المشتري الفرس بدينار ثم باعه المشتري الثاني بكتاب وهكذا
فان اجاز المالك البيع الاول احتاج الى اجازة بيع الفرس
صحت العقود اللاحقة على التفصيل المذكور في الصورة الثانية
لانه راح العقود المتاخرة عن بيع الفرس بعد الاجازة في تلك
الصورة الثانية ان يتعدد العقد على اثمان متعددة مترتبة بان باع

بفرس

بفرس ثم الفرس بثوب ثم الثوب بدرهم ثم الدرهم بكتاب وهكذا عكس الفروع
الثابتة فان اجاز الاول اقتصر عليه ولا يجمع ما بعده وان اجاز الاخير صح وصح
جميع ما سبق وان اجاز الوسط صح السابق دون اللاحق وهذا لما قيل ان اجازة
العقد الواقع على الثمن يفيد صحة المجاز وما قبله دون ما بعده فانه يحتاج الى
اجازة جديدة من المشتري فعلى القول بتوقف الصحة على مسئلة من باع ثم اشترى
فان هذا عكسها وعلى النقل لان يبين بلا اشكال وما سمعت من المحقق الثاني
الثاني من الوجوه الثلثة بان فيها ايضا ولو اجتمعت هذه الصور مع سابقتها
بتعدد العقود على ثمن الاول وعلى اثمانه المترتبة فان اجاز بعض العقود الواقعة
على ثمن الثمن لزم صحة المجاز وصحة جميع العقود السابقة لان اجازته مستلزمة
صحة الواقع على ماله وصحة العقود الواقعة على ثمنه وصحة جميع ما سبق من
العقود الواقعة على اثمان الثمن الاول دون ما لحق فيكون ردا بالنسبة اليه
~~ومرد على ادعاء~~ فلو باع مال المالك بفرس ثم باع الفرس بثوب فباعه المشتري
بكتاب وباعه المشتري الثاني بدرهم وباع الثوب بدينار وباع الدينار
بحنطة ثم وباع الحنطة بارز وهكذا فان اجاز شيئا من العقود الواقعة على ثمن
الثمن وهو الثوب وما بعده صح المجاز وجميع ما تقدم دون ما لحق فانه يصير
مردودا فلو اجاز بيع الدينار بحنطة صح وصح ما تقدم من العقود لان صحته
يتوقف على صحة بيع الثوب بدينار وهو يتوقف على صحة بيع الفرس بالثوب
وهو يتوقف على صحة بيع ماله بالفرس ~~ويستلزم صحة بيع الفرس وهو يتوقف~~
~~على صحة بيع ماله بالفرس~~ ويستلزم صحة بيع الفرس نفوذ جميع العقود
الواقعة عليه واما ما بعده وهو بيع الحنطة بارز فيبطل بالرد واما اجاز بعض
العقود الواقعة على الثمن الاول اعني الفرس صح هو وما بعده ويبطل ما سبقه
من العقود الواقعة عليه واما العقود الواقعة على ثمن هذا العقد المجاز

او ثمن ثمنه فيبقى موقوفا على الاجازة فلو اجاز بيع الفرس بالثوب بقي بيع الثمن بالدينار
موقوفا فله ان يجيزه ايضا ولا ينافيه اجازة بيع الفرس وحاصل ما ذكرنا ان الاجازة عند
ترتب العقود من شخص بين ثلثة اقسام احدها ما يفيد صحة المجاز وما سبق وما
ما يفيد صحته وما تاخر وثانيها ما يفيد صحته وصحة ما تقدم للتوقف وصحة
ما تاخر للاستلزام نعم ما يفيد صحة ما سبق خاصة قد يكون رادا بالنسبة الى ما
تاخر وقد يكون المتاخر موقوفا على الاجازة بعد امتثال الكل صارت معلومة و
عليك باستخراج حكم ما لم يذكر من الصور بالنظر والتامل فيما ذكرنا فاعلم ان
احدى مسئلتي العقود العقد الواقع على المبيع مع احدى الصور الواقعة
على الثمن او مع صورتين منها فالمدار في الكل على ملاحظة ما ذكرنا من التوقف
والاستلزام والوقوف فان توقف صحة المجاز على صحة غيره صح كلاهما باجازة
واحدة ثم ما يتفرع على صحة المجاز على صحة غيره صح كلاهما باجازة واحدة
ثم ما يتفرع على صحة المجاز من العقود يلزم ايضا من غير اجازة لو كان البايع
جاهلا بالفضولية والا توقف على اجازة مترتبا على ما سبق في مسئلة ما لو
باع مال ابيه بظن حيوته ثم بان ميتا وما هو فاقد للتوقف والاستلزام قد
يكون مردودا وقد يكون موقوفا على الاجازة على التفصيل المذكور قال العلامة
قده في القواعد بعد الحكم بان للمالك تتبع العقود الواقعة ورعاية مصلحته
نفسه اذا انصرف البايع الغاصب في الثمن ومع علم المشتري اشكل و
هذا الاشكال قرر بوجوه احدها ما عن قطب الدين وهو
الرجوع الى تتبع العقود في صحة البيع ووجهه ان ثمن المغصوب مباح
للغاصب تلفا وكذا الا بقيمته ايضا ولا يجب عليه رده الى المشتري بالمطالبة
على احد القولين واشهرهما وبيع الغاصب للثمن بمنزلة اتلافه كالبيع
الواقع على الماخوذ بالمعاطاة على القول بالاباحة لدخوله في ملكه

قبل البيع

قبل البيع اما ما يكيف يكون للمغصوب منه في بعد تلف الثمن اجازة البيع الواقع
على المبيع فلا دلالة فيه على كون الاشكال راجعا الى تتبع العقد اعني اجازة البيع
الواقع على الثمن كما عن التنقيح نعم هو مستلزم للاشكال في اجازة عقد الثمن
ايضا كما صرح به المحقق الثاني حيث قال ان الاشكال في كل واحد منها في
الامرين وثانيها ما عن حواشي الشهيد بعد ذكر الاول ايضا في الرجوع على
الاصل صحة البيع حيث ان مقتضى تسليط المشتري الغاصب على الثمن عدم
دخوله في ملك مالك المبيع بالاجازة كما مر مفصلا في خصوص بيع الغاصب وفي
المحقق الثاني حمل العبارة على هذا خاصة وليس كل بل ظاهره موافقة الشهيد
في ذكر الوجهين بل العلامة مصرح حيث قال ويمكن ان يكون الاشكال فيهما معا
فيكون الفرق بينه وبين الشهيد انه يبني على ما نعيه الجمع الحاوي هذا
دعواه ظهر بعد التلازم بين الاشكالين الناشئين من كون الثمن مباحا
للغاصب مسلطا على اتلافه وثالثها ما عن الفخر في الايضاح وهو
الى التتبع على القول بالنقل دون الكشف اذ على الكشف لا اشكال في امكان
اجازة المغصوب لعقد الثمن فانها تكشف عن سبق استحقاق المالك
على تسليط الغاصب لكون سبب التسليط وهو الاقباض بعد العقد مؤخرا
عن سبب انتقال الثمن الى المغصوب منه فاذا اجاز العقد الواقع كشف ذلك
عن انتقال الثمن اليه قبل الاقباض فتنفذ اجازته لعقد الاثمان
ايضا واما على النقل فعدم نفوذ اجازته لعقد الثمن واضح بناء على
ما عرفت من دخول الثمن في ملك الغاصب قبل بيعه اياه فكيف يكون
للمغصوب منه تملك ما اشتراه الا انا قلنا وعبارة الايضاح وان لم يكن صريحة
في هذا الا انه ظاهره وفيه ايضا احتمال صحة التتبع على النقل ايضا
نظرا الى ان بيع الغاصب وحق المغصوب منه في الثمن على النقل ايضا

وهو الحق سابق على حق الغاصب الحاصل له بالتسليط عليه فاذا اجاز فقد
مقدم على حق الغاصب وكيف كان فالاشكال المذكور على جميع التقادير هين
جدا اما على تقدير رجوعه الى المعقد اصل بيع الغاصب فلما عرفت سابقا من
حيث بينا وجوه الاشكال فيها واجبنا عنها وحصلتها منع منافات علم المشتري
بغصبية المبيع لانشاء الشراء فان كان الاشكال في صحة البيع من جهة عدم
قصد البيع والشراء حقيقة فهو باطل واما التسليط والاباحة للثمن بالاقباض
فهو وان كان ايضا محل المنع لانه ليس الا كالاقباض في جميع العقود
الفاسدة الذي لا يترتب عليه الاذن والتسليط الرافع للضمان لكن
لو سلمناه نظرا الى الوجه الماضي سابقا وجعلنا ان هذا الاقباض ليس مبنيا
على الوفاء بالعقد الواقع حتى يكون مثل الاقباض في العقود الفاسدة
في عدم افادة الاذن والتسليط بل المشتري مع العلم بالغصب يكون
مسلطا للغاصب على الثمن مع عدم الاجازة فيكون مفيدا للاذن والتسليط
بل للتسليط الذي يترتب عليه خروج الثمن عن ملك المشتري اذ التسليط الذي
من الفعل المستتبع غايته الامر كونه مفيدا للاباحة في التصرف ما ثمن باقي على ملك
المشتري على كونه مقابلا للمبيع فاذا اجاز المالك البيع فلا مانع من صيرورته
الثمن ملكا له واما على تقدير رجوعه الى البيع على الكشف فلما عرفت هنا
من امكان فحمل التسليط باجازة المالك لعقد الثمن لو صح كون التسليط معلقا على عدم اجازة المالك
فاذا اجاز كشف عن سبق حق المالك لكن مقتضاه ضمان الغاصب للثمن
للمالك لو اتلفه وقلنا بان التلف في عقد الفضولي لا يمنع من لحوق حق
الاجازة كما مر سابقا واما على تقدير النقل فلعدم المانع من الالتزام
بتعليق التسليط على عدم الاجازة فلا وجه لقبول الاشكال الا بالجزم
بعدم التتبع على النقل كما صدر من بعض الاعلام اذ لا فرق بين الكشف

والنقل

والنقل في دعوى التعلق ضرورة كون التعليق مستفادا من شهادة حال المشتري
المسلط فانها كما انها تعدم تسليط الغاصب على الشراء لو رضي المالك بالبيع واجاز
وهذه الاستفادة حاصلة سواء قلنا بان الاجازة بالكشف او النقل والحاصل
ان اختيار المالك بعض العقود الواقعة على ماله وعلى ثمنه يكشف عن عدم دخول
الثمن في ملك الفاعل عند الشراء حتى يكون تلفه تالفا منه لانه انما يكون كذلك اذا
ويكون نظير التصرف في المعاطاة على القول بالاباحة لو كان تسليطه عليه بالا
الاذن في الاتلاف بغير اقباضه معلق على اجازة المالك فلو كان كالكشف و
الاجازة عن عدم الاذن في الاتلاف فلا يكون الشراء اتلافا للثمن الا
على الكشف والنقل

المقام الرابع في الرد

وقد تقدم في شروط الاجازة
اشتراطها بعدم الرد فلو رده بطل العقد ولم ينفع بعد الاجازة على اشكال
مما سبق هنا يكتفى على فرض تسليمه لا يجعل الفضولي من العقود الجائزة
لان جواز العقد عبارة عن سلطنة العاقد مثلا على حله وفسخه ولم يثبت
جواز عقد من العقود ولم يحتج في انحلاله بالرد الى دليل اخر وكذا لو ثبت
تاثير الرد في حل العقد لم يحتج جوازه الى دليل اخر فلو اردنا اثبات الجواز
في عقد فلا بد للناس اقامة الدليل على احد امرين اما جوازه ابدا واما
تاثير الرد في حله وفي الفضولي ليس كل اذ لم يثبت من الادلة خروج العقد
الفضولي عن تحت البيع اللازم مثلا حتى نقول ان رد المالك يوجب انحلاله
وفسخه كما في العقود الجائزة ما لذاتها كالهبة او بالعرض كالمشتمل
على الخيار ولا يثبت ايضا تاثير الرد في انحلاله حتى نقول انه لا دليل على
جوازه بل الرد على وجه لا ينقطع بعده الاجازة حكم تعبدي ثبت با
الاجماع وما سمعت مما يقال من استناده الا انه علم بان العقد الرد
يوجب صيرورته للمالك اجنبيا عن عقد الفضولي فلا يتوجه اليه الخطاب

بالوفاء بخلاف ما لو اجاز فانه يصير كالعاقد فلا يتوجه اليه الامر بالوفاء
لا يتوقف على صيرورته بمنزلة العاقد ضرورة عدم اختصاصه بالمتعاقد
بل يعم كل من له مساس وعلاقة بالعقد ويكفي في سلطنة المالك على نفس الـ
العقد لكونه واقعا على ملكه فمتى رضي به توجه اليه الامر بالوفاء واما ثانيا
فلانه على تقدير تسليمه لا يقتضي نفوذ الرضا بعد الرد وانما يكون
كذلك اذا كان الرد سببا لانحلال العقد كما في العقود الجائزة فان بعدم
افادة الرضا بمضمون العقد بعد الرد يحتاج الى دليل ولم يثبت
من الادلة انحلال العقد الفضولي وانقلاب ماهيته من اللزوم الى الجواز
بالرد بل الثابت انما هو الاشتراط في فعلية التأثير بشرط الرضا
كالقبض وسائر الشروط المتأخرة عن العقد فان تخلف الشرط
اثره ولا يبقى على لزومه الازلي ابدا وان لم يكن مفيدا وهذا معنى
بطلانه بالرد والحاصل انه فرق بين انحلال العقد وبين فساده من عدم
الشرط والرد في الفضولي انما هو من الثاني دون الاول ومقتضاه انه متى تحقق
الرضا توجه الامر بالوفاء وحصل النقل سواء كان مسبوقا بالتردد او بالكراهة
ام لا فلابد في القول بعدم تأثير الاجازة بعد الرد من التمسك بالاجماع
على ما عرفت فيه ما سبق من ان كلامهم في بطلان العقد بالرد ليس صريحا
في عدم تأثير الاجازة بعده فراجع ما نقلنا وتأمل ومما ذكرنا يظهر
ان مقايسة الرد في المقام بالرد صريحا في عدم تأثير الاجازة بعده
فراجع في العقود الجائزة موضوعا او حكما ليس على ما ينبغي لان
حقيقة الرد هنا هي كراهة مضمون العقد وفي العقود الجائزة
هي فسخه وحله وبينهما بون بعيد وان كان الثاني كاشفا عن الاول
ايضا بخلاف الاول فانه ليس كاشفا عن الثاني ولا مستلزما له

كما

كما هو معروف ولعل الامر يظهر في بعض المسائل الآتية اذا تحقق ذلك فالكلام
تارة في موضوع الرد وشرائطه او شرائط تحققه لاجل الانشاء اللفظي واخرى فيما
يترتب عليه فههنا مقامات في كل مقام مسائل الاولى من مسائل الاول
انه لا اشكال ولا خلاف في تحققه بالانشاء اللفظي كقوله فسخت او رددت
او نحو ذلك مما هو صريح في انشاء الرد ولو كان ظاهرا بمقتضى اللفظ
فالظاهر انه كالصريح فاحتمال المجاز كاحتمال السهو والنسيان لا يلتفت
اليه ولو كان الظهور غير لفظي ففي الاكتفاء اشكال بل منع قال الشهيد
ره في محكي لمعة ان الحداد ان نفذ فسخت ولو قال لا اجيز كان له الاجازة
ثم ويشهد له خبر الوليد بل قيل انه المستفاد من ظاهر الاصحاب وكلماتهم الا
... وعدم كفايته يمكن ان يكون لعدم الصراحة او لعدم كونه ظاهرا
لفظيا او لافتقار الرد الى انشاء حل العقد ولا يتحقق ذلك بمجرد الكراهة
وعدم الرضا والا لكان عقد المكره غير قابل للاجازة وكان تقدم النهي
عن المالك مانعا عن لحوقها ايضا وقد سبق ان الاقوى خلافه وفي
مقابل قوله ما عزي اليهم في باب الوكالة ان الموكل لو انكر الوكالة و
حلف كان هذا ابطالا لعقد الوكيل ولا يقبل الاجازة الا ان الحلف يدل على
عدم رضاه بالعقد فيكون ردا ولو التحقيق ما عرفت من ان الرد هنا
ليس كالرد في العقود الجائزة في كونه انشاء لحل العقد بل هو عبارة
عن اظهار الكراهة وعدم الرضا ولا شك في دلالة قوله لا اجيز على
ذلك اللهم الا ان يمنع دلالته عليها ضرورة اعميته عدم الاجازة عن
ذلك لاجتماعه مع التردد والانتظار ووقت آخر نعم بناء على كون الرد
في العقود الجائزة هنا مثله في العقود الجائزة اتجه ما قال ويضعفه
ان مقتضى القاعدة فيما اشرنا اليه تأثير الاجازة منه وقعت اذ ليس ا

لا اجزت ثم

٢ لحل ثم

الرد هنا فسخًا للعقد حينئذٍ بلغو بعده ودعوى انقطاع العلقة بعدم
الرضا قد عرفت ضعفه فلولا الاجماع قلنا بتأثيرها ولو بعد انشاء الرد
بقوله فسخت لكنه خروج بالاجماع لو كان فيرجع فيما عداه الى الملك العام
سواء انشأ بعدم الرضا ام لا لان تأثير الاجازة من الاحكام لا من
الحقوق ولا دليل على زوال حكمها بغير المتفق عليه فلو قيل بعدم كفاية
قوله لا اجيز لم يكن بعيدًا اقتصارًا فيما خالف الاصل على القدر المتيقن
بالاجماع اذ الاخبار الواردة في بطلان عقد الفضولي مثل ما ورد في النكاح
لا يدل على كون الرد سببًا لا غير كفسخ العقود الجائزة بعد مطابقة مضامينها
للقاعدة التي توقف فيها على الرضا من المعقود له كيف يدل عليه مع
للاحتياج مع كفاية عدم الرضا في تعطيل العقد وعدم تأثيره ومن الواضح
عدم كون قوله للفسخ وان دل على عدم طيب النفس لكنه من
ضعف المبنى فلا يصح كفاية قوله لا اجيز وامثاله في الرد وما استدل به
على عدم نفوذ الاجازة بعد الرد من انقطاع العلاقة المالك عن
العقد بالرد ان تم ان يجئ ايضا لانه اذا اظهر الكراهة فقد انقطعت الرابطة
والعلقة التي كانت بينه وبين العقد فتأثير الاجازة بعد ذلك يحتاج
الى عقد جديد ودليل شرعي وان لم يتم ولو انشأ الفسخ لعدم الدليل على
على انحلال العقد به وقضيتهما ان لا يكون الاجازة مثمرة وحله بالرد
مطلقا الثامنة الظاهر كفاية الفعل الصريح في تحققه كما لو جعل المال
بالعقد الفضولي صداقًا او رهنه في بعض البيع وقدمه في مستلزمه
تتبع العقود ما يمكن منه تحصيل الاجماع على ذلك حيث ان اجازة
عقد البيع يصحح المجاز وما بعده دون ما قبله ويدل عليه دخوله في
قوله عم في النكاح الفضولي ان شاء اخذ وان شاء ترك وانه بعد

اظهار

اظهار الكراهة والرد ينقطع العلاقة بينه وبين العقد ويدل عليه ايضا
فحوى ما اتفقوا عليه من كفاية الفعل في فسخ العقود كالبيع والعتق و
نحوها ودعوى ان ذلك لتوقف صحتها عليه اذ لابد من دخول المبيع
في ملكه قبل البيع او العتق انما هي تصحح له البيع وهذا المعنى غير موجود
في المقام مدفوعة بان توقف صحتهما عليه لا يقتضي بانحلال العقد السابق
بل بإنشاء التصرف المذكور حيث وقع في مال الغير فليس هو الا الدلالة
على الفسخ وكفاية الفسخ الفعلي فاذا ثبت ذلك في العقود الجائزة ثبت
في المقام بطريق الاولى لان الدفع اهون من الرفع وهذا اسهل من
الرد في المقام فسخا لكرهه الفضولي والا فلا اولوية ولا يصح بناء الابتداء
مكان ان يقال ان عقد البيع لا يعمل برد الفضولي كالعقد الجائز وانما
بطلان العقد لعدم حصول شرط الرضا وهذا لا يقتضي سوى عدم
صحة العقد السابق حال الكراهة وعدم الرضا فلا مانع من تأثير
الاجازة بعد ذلك مع عموم قوله عم تجارة عن تراض ونحوه من العمومات
مضافا الى خصوص الاخبار الوليدة الصريح في ذلك كما مر نعم لعل هذا
هو علم الشهيد ايضا لا انه لم يقل بكفاية قوله لا اجيز في لغوية
الاجازة فكيف بقوله في تعريض المبيع للبيع بل يدل عليه ما مر من صحة
عقد المكره وصحة عقد الفضولي مع سبق النهي فانه اذا لم يكن
الكراهة المقارنة مانعة من تأثير الاجازة لم يكن عدم الرضا المستكشف من التعريض
عن العرض ايضا مانعا لعدم الفرق نعم لو انشأ الفسخ صريحا
لما اتى الى عدم تأثيرها بعده للاجماع لو كان لا لانقطاع العلاقة
لضعفها كما مر وفي كتاب الاسناد فله فسخه دعوى الاجماع
على اعتبار اللفظ في الرد لا بعض معاصريه وانكم اجد في كتاب

بل الموجود فيه احتمال ثبوت الاجماع على اعتبار ما يكشف من قول او فعل
فالقول بعدم كفاية الفعل في الفضولي على وجه لا ينفع الاجازة بعده
قوي جداً ثم الثالثة لو تلف المالك المبيع كان هذا وارداً لانتفاء
الموضوع فلا يبقى للاجازة محل كذا ذكره غير واحد وهذا ينافي
ما مر سابقاً في ثمرات الكشف والنقل من ظهور الثمرة بينهما في صورة تلف
المبيع او خروجه عن المالكية بعروض النجاسة فيصح على الكشف دون
النقل فلا وجه للارسال لكونه ارسال المسلمات كما في كتاب الاخ رخ اه
ستاد قده والتحقيق ان يفصل بين صورة علم المالك بعقد الفضولي
ونحوه وجهلها فيكون على الاول رداً على القول بكفاية الرد الفعلي
وفي الثاني مبني على الكشف والنقل ولو كان التصرف بحيث يفوت محلها
على اجازة المشتري كما لو اجاز المالك بعد البيع الاول بيع البيع
الاول الرابعة لو كان التصرف غير مخرج له عن الملك كالاجارة
والاستيلاد والتزويج ففي كتاب الاستاد قده كونه رداً ايضاً
كالخروج من الملك لان صحة ذلك التصرف مناف لصحة الاجازة
فاذا فرض صحته لزم الحكم بفسادها سواء علم المالك بعقد الفضولي
ام لا وهذا على النقل وجيه لان التصرف اللاحق لا مانع منه ظاهراً
ولا واقعاً فلابد من الحكم بصحته فاذا صح امتنع عقلاً وشرعاً
صحة الاجازة واما على الكشف فالتحقيق ما عرفت في كلام
الاستاد قده هنا تشويش واضطراب لان اول كلامه ظاهر او صريح
في كونه دليلاً على الكشف واخره يصرح بصحة الاجازة على الكشف و
فساد التصرف اللاحق وهذا هو الاصح الخامسة لو تصرف
فاسداً ففي كونه رداً مع الجهل على القول بكفاية الرد الفعلي

(في الهامش: نعم بعد ... النقد ... فيكون ... داخلا ... بيعا المبيع ... في مدة الاجارة ... ؛ بعد البيع ح)

وعلمه

وعدمه وجهان مبنيان على ان اشتراط العقل لحاجة هل هو بانشاء
صحته او حله ام لا ولذا استشكل العلامة قده في محكي القواعد في بطلان
الوكالة لو تصرف الموكل فاسداً كالبيع الفاسد مع علمهما ونقل من بفساد البيع ح
جامع المقاصد والايضاح توجيه الاشكال بما ذكروا ان كون
انكار الطلاق رجوعاً فهو اجنبي عن المقام لان الطلاق للبين ...
لخاتمه وانما هو مشروط بعدم رجوع الزوج او ما هو بمنزلته كانكار
الطلاق له لا لاله على ارادة الزوجية فيكون رجوعاً اي مبطلاً لاثر
الطلاق لا فسخاً له هذا على طريق القوم واما على ما اخترنا فالامر هين
لان انشاء الفسخ لا يدل على كراهة فعله وانما يدل عليها نقد
على تقدير العلم بها فلا وجه لكونه رداً لما ما الثاني فيما يتعلق
بالرد من الاحكام وهنا ايضاً مسائل الاولى لو رد البائع
البيع في البعض خاصة نفذ في المجاز دون المردود ويناء على
ثبوت التبعض في الصفقة واسترد المشتري بمقدار ما يخص المردود
من الثمن لو دفع الى الفضولي او البائع والا دفع من الثمن ما يخص
المجاز وطريقه معرفة مقدار ما يخصه في ذوات القيم ان يقوما كل منهما يقوم
منفرداً ثم يلحظ نسبة المجاز الى مجموع القيمتين فيؤخذ من الثمن
بتلك النسبة ولا يؤخذ منه تمام قيمته للزوم الجمع بين الثمن
والمثمن في بعض الاحيان كما لو كانت قيمة كل منهما منفرداً حينه ايضاً
وكان الثمن ايضاً كذلك فلو اخذ المالك من الثمن تمام قيمة المجاز
لزم المحذور ولابد من ملاحظة النسبة والاخذ من الثمن بحسبها
ففي المثال يأخذ اثنين ونصف لان مجموع القيمتين عشرة
ونسبة الخمسة التي هي قيمة ماله منفرداً اليه نصف فيأخذ نصفا

(في الهامش: ع)

الثمن وللاصحاب عبارات اخرى في بيان التقسيط يفاد منها جميعا ما
ذكرناه ولو بعنايته في بعضها بعد ان لم يكن للهيئة الاجتماعية
قيمة كمصراعي الباب وزوجي الخف والاوفق ملاحظة مجموع القيمتين او قيمة
المجموع وجوها واقوال اشهرها الاول فلو كان قيمة المجموع عشرة ومجموع
القيمتين في حال الانفراد اربعة اخذ المالك نصف الثمن لان نسبة
كل واحد وهو اثنان الى مجموع القيمتين وهو النصف ولو لوحظ قيمة المجموع
اخذ خمس الثمن لان نسبة قيمة ماله منفردا الى قيمة المجموع هو الخمس والاول
هو الاصح لان الهيئة كسائر الاوصاف لا يقع بازائه شيء من الثمن في
المعاوضات وان كان مضمونة في الغرامات فكل الثمن انما وقع في مقابل
ذوات المالكين ومقتضاه استحقاق المالك نصف القيمتين لو كانا متساويين
او كسرا اخر لو كانا مختلفين وكونه ظلما على المشتري لانه بذل بعض الثمن
بازاء الهيئة فاخذ نصف تمام الثمن منه ظلم عليه بل لابد من تثليثه واخذ
الثلث منه ورد الثلثين عليه اذ لم يسلم له الا ثلث ما بذل عليه الثمن فلو كان
في المفروض المذكور منه اخذ منه اثنان لانه الذي بذل له في مقابل الحاد
واما الثلثان الاخران فانهما بذلا له في مقابل الهيئة والمردود مدفوع
بان المشتري انما بذل الثمن بازائهما منفردين ولم يبذل في مقابل
الهيئة شيئا وان كان لها دخل فيما بذل فان كان عالما بكون البيع فضوليا
فقد قدم الى ضرره حيث اشترى بازيد من القيمة نظرا الى الهيئة التي
لم تسلم له فلا باس ولو كان جاهلا انجبر ضرره بالخيار مع انه معارض
بلزوم الظلم على البائع لو لاحظنا في النسبة قيمة المجموع فانه لا يأخذ
الا خمس الثمن وهو واحد وعشرون مع كون قيمة ماله اثنان
في المثال المفروض ودعوى جبر ضرره ايضا بالخيار لا وجه لها هنا

وان قال

وان قال بعض فيمن باع ملكه وملك غيره فضولة فرد الغير فبعض الصفقة
لذلك والحاصل ان طريق التقسيط ملاحظة قيمة كل واحد منهما منفردا
ونسبة قيمة احدهما الى مجموع القيمتين لا الى قيمة المجموع سواء كان
لواحد او لاثنين واما الوجوه الاخر منها ما يوهمه عبائر الشرايع و
القواعد واللمعة من ملاحظة قيمة المجموع مطلقا حيث قالوا يقومان
جميعا ثم يقوم احدهما فان ظاهر قولهم جميعا حالا اولا الى قولهم
ثم يقوم كل منهما منفردا وتنسب قيمته الى قيمة المجموع اذ لا يكفي
يقوما ثم ينسب قيمة احدهما الى قيمة المجموع بل فيه تكرار بلا طائل لان
ملاحظة قيمة كل منهما يعلم منها قيمة احدهما فلا معنى لتقويمه ثانيا
وما يدل على ذلك هو كلامهم في ملاحظة المجموع ايراد المحقق الثاني
وغير واحد ممن تأخر عنهم بان هذا الابهام فيما كان للاجتماع دخل في
زيادة القيمة اتلزم الظلم على المشتري بناء على ما ذكرنا من عدم
وقوع شيء في مقابل الهيئة وزاد بعضهم ايرادا اخر وهو لزوم
الجمع بين الثمن والمثمن في بعض الاحيان كما لو كان الاجتماع سببا
لنقصان القيمة ومثل بما لو اشترى جارية مع بنتها وكان قيمة كل
منهما منفردا اكثر من قيمتهما مجتمعا ففي مثله يلزم الجمع بين الثمن والمثمن
اذا كانا قيمة المجموع بقدر قيمة كل واحد او قيمة الجارية لان
النسبة بينهما التساوي ومقتضاه اخذ تمام الثمن من المشتري
بخلاف ما لو لوحظ مجموع القيمتين فانه ياخذ نصف الثمن من
المشتري كما لا يخفى ولعل اقتصارهم في المواخذة على ظاهر عبائرهم
على الايراد الاول لكونه فرض تساوي قيمة كل واحد مع قيمة
المجموع وان نقل عن رهن جامع المقاصد التصريح بذلك

للتقسيم بملاحظة القيمة لا الخطأ بعد كان المراد تقويمهما مجتمعا ثم يقوم كل منهما منفردا لم يصح الا فوائهم جميعا حالا كلمة

١٦

النزر النادر والتمثيل بالمثال المذكور والحاصل ان كلامهم ظاهر في خلاف
الوجه الاول حتى لم يكن البعض واحد من يأبى فاحتمال التقسيط على الوجه
الثاني فلا بد من التأويل وارجاعها الى الوجه الاول المصرح به في محكي
التذكرة والارشاد وغيرهما بحمل كلامهم جميعا على انه يؤخذ قيمتهما جميعا
لانه يؤخذ قيمة جميعها وحمل قولهم ثم يقوم احدهما او بحمل كلامهم
على صورة عدم مدخلية الاجتماع في القيمة او حمل قولهم ثم يقوم
احدهما على خلاف تقويمه في حال الانفراد فانه يؤول ايضا الى الوجه الاول
اذ لا فرق بين الغاء الهيئة الاجتماعية راسا في تقويمهما مع ملاحظة
نسبة قيمة احدهما الى مجموع القيمتين ومراعاتها في تقويمهما مع
مراعاتها في تقويم احدهما ~~ما عرفت من كون الهيئة~~ ايضا فان ا
العائد الى المالك في مقابل للمالك شيء من الثمن في مقابلها
عند العاقد ظلو وثانيها ما في كلامهم من القرينة لان بعضهم كالشهيد
في اللمعة قال ياخذ المالك من الثمن بالنسبة وبعضهم كالعلامة
قال يسترجع المشتري منه كل مع وضوح الاختلاف بين الوجهين كما
اذا فرضنا قيمة المجموع عشرة وقيمة كل واحد اثنان والثمن خمسة
فان اخذ المالك بالنسبة اخذ واحدا لان نسبة قيمة احدهما وهو
الاثنان الى العشرة وهو الخمس ويرد الاربعة الى المشتري وان استرد
المشتري بالنسبة عكس فياخذ احدا ويدفع الى المالك الاربعة
فهذا اختلاف فاحش لا بد من التعرض له مع انه لم يتعرض له
احد فهو شهادة على ارادتهم التقسيط على الوجه الاول فان
الحال لا يختلف بناء عليه كما لا يخفى ومنها ما في الروضة والمسالك
من التفصيل بين ما لو كانا لمالكين فيعتبر فيه الاقوم بملاحظة

المجموع

المجموع بما اذا زاد القيمة بسببها وبين ما لو كانا لمالك واحد فما
فيه بقاء كلامهم بحاله قال في المسالك ولو كانا لمالك واحد فقيم بجملة
مجتمعين كالغاصب او منفردين كما لو كانا لمالكين واحد نظر بانه وجه
النظر فيه غير ظاهر الا باعتبار ما يقال ان كل مالك لا يستحق الا قيمة ماله
منفردا فلا وجه لملاحظة قيمة الهيئة ايضا عند التقسيط اذا كانا لمالكين
بخلاف ما لو كانا لمالك واحد فان الهيئة من توابع ملكه فيكون ايضا
مملوكا وضعفه ظاهر لان وحدة المالك لا مدخلية لها في مملوكية الهيئة
وكونها من توابع الملك ايضا مشترك بين الصورتين وانما الفرق
هو الاختصاص والاشتراك ومنها ما في حاشيتها للبلماج قال
هذا يقتضي تقويم كل منهما منفردين اذا زاد القيمة بالاجتماع اذا
رضي المالك ببقائهما مجتمعين كما كان ينقص ما للبائع لا بعوض
والا فالعمل بالاطلاق فيه ليس ببعيد الى آخر ما قال في توضيحه فراجعه
وتعقله على ما فهمت ان المالك اذا اراد تفريق ما لم يبطل الفرد
على المشتري لورد البيع فيه لان الغرر بالخيار ومنها ما عن الكفاية
وتحصله عن العبارة المحكية ايضا ملاحظة الهيئة الاجتماعية اذا
كان لها دخل في زيادة ~~الهيئة الاجتماعية~~ اذا كان لها دخل في زيادة
القيمة وتقويم المملوك المجاز ثم نسبة قيمتها الى قيمة المجموع وفرض
المسألة فيما لو باع ملك غيره مع ملكه فيرجع حاصله الى اختيار
ما احتمله في المسالك من التفصيل بين تعدد المالك ووحدته
فداخل الاخير اعني بعد تقويم المملوك من اللاعب وقد عرفت ان
المقام عكس ولاحظ قيمة المملوك وان الفرق بينهما فاحش لو قوما
مجتمعين وبعد هو لحق لان الهيئة لا يسلم للمشتري فلم استرداد ما

فابلها من الثمن ولو فق عند الملوك لم يرد اليه سوى قيمة المردود منفردا
ويبقى المالك قيمة ماله منفردا او قيمة الهيئة وهو ظلم وان كان ملاحظا
قيمة المملوك ايضا ظلما عليه الا انه دونه كما عرفت لكن المبني هو ملاحظة
القيمة فاسد كما مر و ومنها ما نقله بعض مشايخنا عن بعض مشايخه
من تخصيص اطلاق الاصحاب اذا اراد الغير واختاره المحقق و
الشهيد الثانيين اما اجازة ولعل وجهه ان مع رد الغير لا يستحق
المالك سوى ما وقع بازاء ماله منفردا فلا يعول شيء من الثمن
بازاء الاجتماع بل يرد الى المشتري لعدم سلامته له ومع الاجازة
يستحق المالك مع الزيادة لسلامة الاجتماع للمشتري فيلزم عليه دفع
الاستطلاع تمام الثمن فيأخذ كل منهما حصته وقد ظهر ضعف الشق
الثاني يعني اطلاقه نظر لما يأتي من ان الاقوى ملاحظة الاجتماع
في التقسيط مع اجازة الغير اذ اختلف الحال في القيمة لم يرد التقا
على احدهما مع اختلافهما في القيمة حال الانضمام يختلف بنسبة القيمة
باختلاف الوجهين كما سيظهر فالتفصيل بالعكس اولى ه ومنها
ما اختاره بعض المحققين فيما كتبه في الفضولي فانه مع النص
على كون الاجتماع كسائر الاوصاف في انه لا يقابل بالثمن في
المعاوضات رد اعلى من قال بتثليث الثمن هنا وان صرح المشتري
مع الجهل فيجبر بالخيار اختار اطلاق الاصحاب مستند لا بعلمه بان
العقد انما تعلق بالمجموع فلا بد من ملاحظة قيمة مورده ثم
ملاحظة قيمة احدهما في حال الانضمام لا في حال الانفراد كما نبهه
وقد تقدم ان اطلاق الاصحاب ينزل عليه وان رجع ايضا
الى مقالة المتأخرين لكنه اجاب عن ذلك بان بذل الثمن في صورة

كثره

الاول و محتمل واما الشق الثاني

كثيرة منها ما لو اختلف قيمة كل منهما في حال الانضمام كما لو كان المجموع قيمته
تسعة وقيمة كل واحد منفردا ثلاثة وقيمة احدهما في حال الانضمام اربعة
وقيمة الاخر خمسة فهنا تظهر الثمرة بين مختارنا ومختار المتأخرين لانه على مختارنا
يستحق الابتداء الاول فلان نسبة قيمة كل واحد الى مجموع القيمتين هو النصف فيأخذ
المالك نصف الثمن وهو الثلث واما الثاني فلان المالك اذا اخذ بنسبة قيمة ماله
منضما الى قيمة المجموع اخذ اربعة من تسعة اذا كان قيمته في حال الانضمام اربعة واخذ اكثر
من نصف الثمن اذا كان قيمته خمسة وهكذا اذا انقص قيمة المجموع بالاجتماع واختلف
النقصان ولم يكن في المالين نقص واحد فاستحقاق المالك على طريقتهم يغاير
استحقاقه على طريقتنا كما نبهنا بالتامل هذا الملخص يا ستفيدنا من الجاعدة العبارة
المعلومة وفي خصوص مثال اخرى غير مستفادة لغلط النسخة وفيه ان المشتري
لم يبذل الثمن بازاء الاجتماع وان كان له دخلا في زيادة القيمة حسبما علم
فليس له استرداد شيء من الثمن لفوت صفة الاجتماع فان استقر منه نصف
الثمن في مقابلة الحمار كان له الخيار مع الجهل والا فلا وعليك بالتامل ولو كان
البيع شركة بين البائع وغيره فبناء الكل لوحظ في تقسيط الثمن نفس الحصتين
لا قيمتهما فان كان بينهما بالنصف فنصف الثمن وان كان الثلث فثلث ولا يلاحظ
القيمة الا اذا كان النسبة بين القيمتين مغايرة لا نسبة بينهما كما اذا كان
للبائع الثلث وللاخر الثلثان او بالعكس وكان قيمة الثلث منفردا اقل منه
مضافا الى الثلث الاخر فيلاحظ حينئذ النسبة بين المالين فيأخذ بتلك
النسبة من الثمن وان كانا من جنسين فطريق التقسيط حينئذ ملاحظة القيمتين
معا في القيمتين والله الهادي المسألة الثانية لو ملك ما لا يقبل التملك كعشرة
التقسيط مع عدم اجازة الغير بطريق المتأخرين من ملاحظة قيمة المالين
منفردين لا مجتمعين فهل يقول بربع الاجارة ايضا وجهان بل قولان محكيان

من ان صفة الاجتماع مثلا لا تقابل شيئا من الثمن فلا يلاحظ في تقسيط الثمن بينهما
ومن المضاعفات سببا لزيادة القيمة وقد سلك المشهور وهي شرکة بينهما ...
الملك لو ... والاجارة اجابا يبطل احدهما كما لو رد او بيا الان قيمة في حال الانفراد
في حال الانضمام فاذا ... في التقويم لو ... على من زاد قيمته حاله بسبب الانضمام
وهذا هو لا ... كالوباع الوكيلان او الوليان او الاصيل او وكيل منفرد
فيقوم المجموع ثم يقوم كل منهما في حال الانضمام ثم يحسب كل منهما الى قيمة المجموع ويوخذ
كل منهما بنسبته ما له من الثمن وفاقا لبعض المحققين **الثالث** لو كان ا
لبيع مشتركا بين مال البايع ومال غيره كما لو باع رقادا وكان مشتركا بين
عبده وعبد غيره فظاهرهم البناء على الحمل وتفوذه في ملكه فلا يكون
فضوليا بحسب الحال ومن فخر الدين دعوى الاجماع عليه وهذا انما يتم الحمل
فعل المسلم على الصحة فانه يصلح حمل على عبده البايع مراعاة الصحة الوصية و
الصرف بين التعيين المشترك كما لو اوصى بعتق عبد كان مشتركا بين
مسلم ويهودي كافر وان لم يصلح قرينة للصرف كما لو اوصى بعتق ...
فلا يحمل على عبده البايع مراعاة الصحة الوصية الفرق بين التعيين والصرف
وان كان لا يخلو عن دعوى عدم الاتحاد فوعه بالتأمل والانصاف ولو بعد ملاحظة
بناء الاصحاب او لان اطلاق التمليك بمقتضى الاصالة التنجيز لان
الفضولية بنية على قصد البيع للغير او جعل البايع نفسه بمنزلة الغير
وكلاهما خلاف الاصل او لان الفضولي غير قاصد لمدلول البيع
فيدفع بمقتضى ظهور اللفظ والعقد كما في المسالك وفيه نظر لما
لا يخفى بل المعتمد غيره من الوجوه **الرابعة** لو كان المبيع مشتركا
مفروزا بين مال البايع خاصة وبين ما هو مشترك بينه وبين
غيره كما لو باع من له نصف الدار مع نصفها من غير تقييد وانصراف

الى القسم

الى نفسه فالمعروف فيه هو الحمل على التعيين وعن فخر الدين التسوية وتعيين القسم
الاول ويدل عليه جميع ما مر خصوصا في ... لكن يعارضها اصالة الاطلاق
في لفظ البيع فان مقتضى الاطلاق هو النصف المشاع دون النصف المختص
بالبايع ضرورة احتياجه الى التقييد المنافي للاطلاق ظهورا ومفهوما وحالما
على ما مر في السابق من الاصول لكن الترجيح في كلب الاسناد فيه وان كان
فيه تأمل نظرا الى منع الحكم ... اذ كان اقوى من ظهور العقد في الاسناد
الان يمنع الاطلاق ويدعي انصراف لفظ البيع في مقام البيع على ما هو
مختص بالبايع كما اعتمد عليه غير واحد ولا يخلو عن قوة لكن الاسناد في
كتابه بالتوقف من التوقف فيما ادعوه من الانصراف فلولا انصراف
كان مقتضى القاعدة عنده الحمل على الشايع فيكون فضوليا في ربع الدار
وكيف كان مقتضى القاعدة للحمل على الاشاعة اذا كان البايع منفردا
في تمام الدار وتصرف الملاك ثم ظهر بعد البيع نصفها مستحقا للغير
لان شيئا من الوجوه المذكورة الناهضة على الحمل على النصف المختص
لا يأتي هنا فيما صرح به بعض المحققين من التسوية بين الصورتين
وان البيع يرجع ايضا الى النصف المختص بالبايع في الصورة حال
عن الوجه احد الاشكال في الاطلاق ظاهر في ظهور ظهور الكسر
في المناقح الا ان يكون هناك قرينة صارفة او معينة من دعوى الانصراف
او ظهور التمليك في الاصالة ونحوهما وشيء من ذلك لا يأتي
مع زعم البايع استحقاق تمام الدار ولاجل ما ذكرنا لو اقر احد
الشريكين فيها للاخر بمثل نصيبها او اكثرها على المشاع فلو
اقر بمثلها نزل على الاشاعة ومقتضاه ان يكون النصف الذي
بيده بينه وبين المقر له نصفين ولا ينزل على ثلث ما في يده وثلث

ما فی يد شريكه حتى يكون الثلث منها بيده على الثلث بان يكون الاقرار
نافذا فی ثلثه خاصة لان ظاهر لفظ الثلث الاشاعة ومقتضى استحقاق المقر
الثلث الدائر على نحو الاشاعة ان يكون كل جزء منها بينه وبين شريكه
وبين المقر له اثلاثا فيكون ما في يده ايضا بينهم اثلاثا ثلثاه للشريك فهو
باعتبار استيلائه على ازيد من حقه ظلما على المقر له لا براهما فيما بيده
فيقسمانه حينئذ بنسبة حقهما والمفروض هو النصف لنسبا وبينهما في الاستحقاق ومقتضاه
النصف في كل جزء منها وهكذا الواقع له جزءان وله جزء واحد في كل
جزء من الدار حيث انه يستحق الربعين فيكون في كل جزء له واحد
وللمقر له اثنان لا التثليث ومما ذكرنا ظهر الفرق بين ما لو صرح المقر بعدم
الاشاعة بان يقول للثلث ما تحت يدي وثلث ما تحت يد شريكي
او كان بيده على نصف الدار المعين كيد الشريك فاعترف بثلث كل من
النصفين وبين ما نحن فيه فان المقر لا يستحق في الصورتين سوى
ثلث ما في يد المقر بخلاف ما الواقع بالتلف مع عدم التقييد بثلث
نفسه وعدم التعيين الخارجي وكان بيده وبيد شريكه على مجموع الدار
فان المقر له لم يستحق على المقر نصف ما في يده لا ثلثه وبهذا يمكن
التفصي عما اورده من الاشكال في المقام من مخالفة هذه القاعدة
لما ذكروه في باب الاقرار والارث من ان احد الاخوين لو اقر لثالث
وانكره الآخر شارك المقر له المقر فيما بيده بنسبة ما ادعى حصة وهو
الثلث ولا يشاركه بالنصف كما يقتضيه القاعدة المشار اليها
في المقام ووجه التفصي ان الاقرار بالسبب غير الاول بالسبب
فان الثاني لا معنى له الا الاشاعة القاضية بالتنصيف في نصفه
بخلاف الاول فانه ليس اقرارا بالثلث الشائع بها حتى يكون مثل

الاول وانما يدل عليه بالالتزام وهو ممنوع بعد ما عرفت من اختلاف
الحكم باختلاف صورة الاقرار وهي لا يدل على التوزيع اما الظهور عرفا
في ذلك بدعوى كون الاقرار بالاخ بمنزلة الاقرار باستحقاقه
بسدسا عليه وسدسا على الاخ المنكر او لكونه اخا وعدم ظهوره
في شيء من الوجهين فباحتمال الكل للمنقول وهذا التفصي اولا
فوقه الالتزام بجانب الفتوى مسئلة اقرار الوارث للقاعدة للنقض
الموارد فيه كما نقله في كتاب الاسناد فله اولى الالتزام بجانب القواعد في
مسئلة اقرار الشريك على عكس الاول للابتداء كما احتمله بعض
فله هذا كلا مبنيا على الالتزام بالتفكيك بين المسئلتين وهو خير واهم
في النص الوارد على التوزيع في الاقرار بالاخوة من طعن فيه
الضعف دلالة وسندا ولذا اشكل فيه غير واحد اعراضا عن النص من اصالة الثالث
المشار اليها في الاقرار المتعلق بالكسر الشائع فليراجع الى المسئلة في باب الاقرار
والارث من اراد التحقيق فيها نعم في كتاب الاسناد فيه نفي مما في
المقام من ظهور النصف في الشائع لو خلي وطبعه بما ذكره جماعة كالشهيد
والفاضلين وغيرهما انه لو كان صداق المرأة عينا فوهبت نصفها المشاع
قبل الطلاق استحق الزوج بالطلاق تمام النصف الباقي لا نصف الباقي
وقيمة نصف الموهوب وان احتملوا ذلك ايضا مع ان قضية الاشاعة
استحقاق الزوج نصف الباقي وقيمة نصف التالف ثم اجاب بامكان
منع اقتضاء الاشاعة صيرورة العقد فضوليا في الربع في المقام
نظرا لكون النصف مشاعا بمجرده لا يقتضي تعلق العقد بحق الغير
بل يتوقف على ملاحظة الاشاعة في مجموع الحقين والا فليس مقتضاها
سوى قابلية صدق النصف على كل واحد من النصفين نصف العاقد

ونصف الغير فيبقى ظهور التمليك في الامثال الرسلبيّا عن المعارض اعني ظهور اللفظ
المعقود عليه في التعلق بجنسه وهو الغير واستشهد على ذلك بما ذكره في وكيل
السلف من انه لو باع كليا موصوفا مطلقا من غير تقييده بذمة الموكل انصرف الى
نفسه ووقع العقد له لانه باع مملوكا له فصرفه الى الغير لا وجه له قلت توضيح الجواب
ان النصف وغيره من الكسور معناها امر كلي له ثلاثة افراد احدها مال المالك
خاصة وثانيها مال شريكه والثالث المركب من المالين فان اريد بها كونه مركبا
من المالين فان اريد الاشاعة بهذا المعنى فهو لا يعطي كونه العقد فضوليا
كبايع السلف لانه نقل شيئا مملوكا له فلا وجه لصرفه الى الغير منهما او منفردا
وان اريد بها كونه مركبا فهو ممنوع ضرورة خروجه عن حقائق معنى النصف
الكلي المطلق وعلى هذا لا يتم توهم المعارضة بين الظهور الاطلاقي والانصرافي
الذي قررناه هنا في المسئلة وبين ظهور لفظ النصف في المشاع بل الوجه
هو حمل العقد على التنجيز مطلقا في البيع والهبة فلتتدبر دعليه انه مبني على
كون الكسور معناه ما ذكر حتى يكون مفاده مكنا والتكلم في العين الخارجي
كالصاع من الصبرة وهو مذهب بعض مشايخنا فانه حيث ذهب الى ان
النصف المشاع مثلا عبارة عن كلي منطبق على افراد غير محصورة
كلها في العين الخارجي ولكن الحق الذي اختاره الاستاد قدّه في معنى النصف
او غيره من الكسور هو غير ذلك وقد حققناه في القسمة في باب القضاء حيث قلنا
ان معناه انقسام كل جزء بجزئين او ثلث او اكثر فالنصف المشاع سار في
كل جزء من اجزاء العين الخارجية حتى لا يمكن فرض جزء منها الا وله
نصف وعلى هذا يتعين حمل النصف على ما يقتضي صيرورة العقد
فضوليا لانه اذا باع او وهب شيئا سارا في جميع اجزاء العين ولا
جرم يكون المعقود مركبا من ماله ومال الشريك فيكون فضوليا في النصف

بما ذكروه

بما ذكروه في هبة المرأة نصف الصداق وارد الان يقتضي عدم ان حق الزوج في القدر الكلي
خارجي مضمون على المرأة على الصاع من الصبرة ولهم مثال كحق التولية ومقتضاه اختصاص
الزوج بالباقي في مسئلة الهبة جميعا ما ذكروه كما هو مقتضى ضمان الكلي الخارجي في ذا المقام لكن هذا
انما يتم لو التزموا بجميع لوازم الكلي الخارجي الكلي التي منها سلطنة المرأة على التصرف
في الصداق بكل ما شائت بعد الطلاق ما دام مقدار حق الزوج من العين
باقية ولا يلتزم من المراجعة الى بابه حتى يعرف الحال وقد يوجه ايضا ما في كتاب
الاستاد قده بان مقتضى القاعدة وان كان هي الاشاعة القاضية بعدم
استحقاق من النصف الباقي الا النصف لكن حكمهم باستحقاقه تمام النصف
مبني على كون نصف هذا النصف تدارك كاعرامة من الربع الذي اتلفه بالهبة
ولو كان الصداق قيميا لان الاصل في الغرامة انما هو للمثل وانما يعدل في القيمي الى
القيمة للتعسر او التعذر وهو لا يأتي في محل الفرض فقد تلخص مما ذكرنا ان
الاشاعة انما هو الاصل في كل باب الا الخصوصية قاضية بخلافها في البيع
ونحوه انما الاقرار بالارث انما هو لخصوصية لا من جهة رجوعه الى الا
قرار بحق الغير كما قررنا او من جهة الاخبار تعبدا وهذا شطر من الكلام
فيما يتعلق بالفضولي وهنا فروع اخر طوينا الكلام فيها كشحا عنها انما
عنها بقي الكلام فيما يغرمه المشتري للمالك على تقدير الرد والقبض للمبيع وما
يرجع به الى البايع الفضولي من الغرامات وما لا يرجع وهنا مسائل
كثيرة تطلب من مظانها ولكنا نذكرها اجمالا الاول فهو فيه البيع
لو تلف في يده وفيه منافعه المستوفاة وغيرها على الاشهر وللمالك
تغريم للمالك البايع الفضولي لقاعدة تعاقب الايدي ومثل العين
اجزاؤه التالفة وصفاتها والمرعي في القيمة فيه يوم التلف
او اعلى القيم من حين وضع اليد عليه على الخلاف واما

ونصف الغير فيبقى ظهور التمليك في الامام النه سليما عن المعارض اعنى ظهور اللفظ
المعقود عليه في التعلق بحقه وهو الغير واستشهد على ذلك بما ذكره في وكيل
السلف من انه لو باع كليا موصوفا مطلقا من غير تقييده بذمة الموكل انصرف الى
نفسه ووقع العقد له لانه باع مملوكا له فصرفه الى الغير لا وجه له قلت توضيح الجواب
ان النصف وغيره من الكسور معناها امر كلي له ثلاثة افراد احدها مال القائل
خاصة وثانيها مال شريكه وثالثها المركب من المالين فان اريد بها كونه مركبا
من المالين فان اريد بالاشاعة هذا المعنى فهو لا يعطي كونه العقد فضوليا
كبايع السلف لانه نقل شيئا مملوكا له فلا وجه لصرفه الى الغير منضما او منفردا
وان اريد بها كونه مركبا فهو ممنوع ضرورة خروجه عن حاق معنى النصف
الكلي المطلق وعلى هذا لا يتم توهم المعارضة بين الظهور الاطلاقي والانصرافي
الذي قررناه هنا في المسئلة وبين ظهور لفظ النصف في المشاع بل الوجه
هو حمل العقد على التنجيز مطلقا في البيع والهبة فلتدبر فعليه انه مبني على
كون الكسور معناه ما ذكر حتى يكون مفاده مكنا والتكثر في العين الخارجي
كالصاع من الصبر وهو مذهب بعض مشايخنا قده حيث ذهب الى ان
النصف المشاع مثلا عبارة عن كلي منطبق على افراد غير محصورة
كلها في العين الخارجي لكن الحق الذي اختاره الاستاد قده في معنى النصف
او نحوه من الكسر هو غير ذلك وقد حققناه في القسمة في باب القضاء حيث قلنا
ان معناه انقسام كل جزء بجزئين او ثلث او اكثر فالنصف المشاع سار في
كل جزء من اجزاء العين الخارجية حتى لا يمكن فرض جزء منها الا وله
نصف وعلى هذا يتعين حمل النصف على ما يقتضي صيرورة العقد
فضوليا لانه اذا باع او وهب شيئا ساريا في جميع اجزاء العين ولا
جرم يكون المنقول مركبا من ماله ومال الشريك فيكون فضوليا في النصف

بما ذكره

بما ذكره في هبة المرئة نصف الصداق وارد الا ان
خارجي مضمون على المرئة على الصاع من الصبرة ولهذا لحق الزوج ...
الزوج بالباقي في مسئلة الهبة حيث ما ذكره كما هو مقتضى ضمان الكلي الخارجي في المقام لكن هذا
انما يتم لو التزم بجميع لوازم الكلي الخارجي الكلي التي منها سلطنة المرئة على التعرف
في الصداق بكل ما شاءت بعد الطلاق ما دام بقي حق الزوج من العين
باقية فلا يبقى من الموهوب الى الابد حتى يعرف الحال وقد يوجه ايضا ما في باب
الاسناد قده بان مقتضى القاعدة وان كان هي الاشاعة المقتضية بعدم
استحقاق من النصف الباقي الا النصف لكن حكمهم باستحقاق تمام النصف
مبني على كون نصف هذا النصف ثابتا كالعزامة من الربع الذي اتلفه بالهبة
فلو كان الصداق قيميا لان الاصل في الغرامة انما هو للمثل وانما يعدل في القيمي الى
القيمة للتعذر او التعسر وهو لا يأتي في محل الفرض فقد تلخص مما ذكرنا ان
الاشاعة انما هو الاصل في كل باب الا لخصوصية فاضبط فلا فيها في البيع
ونحوه انما الاقرار بالارث انما هو لخصوصية لا من جهة رجوعه الى الا
قرار بحق الغير كما قررنا او من جهة الاخبار بعيدا ولهذا اشطر من الكلام
فيما يتعلق بالفضولي وهنا فروع اخر طوينا الكلام فيها كتجارا بم اعرضنا
عنها بقي الكلام فيما يغرمه المشتري للمالك على تقدير الرد وقبض المبيع وما
يرجع به الى البايع الفضولي من الغرامات وما لا يرجع وهنا مسائل
كثيرة تطلب من مظانها ولكنا نذكرها اجمالا الاول فهو قيمة المبيع
لو تلف في يده وقيمة منافعه المستوفاة وغيرها على الاشهر وللمالك
تغريم المالك البايع الفضولي لقاعدة تعاقب الايدي ومثل العين
اجزاؤه التالفة وصفاتها والمرعى في القيمة قيمة يوم التلف
او اعلى القيم من حين وضع اليد عليه على الخلاف واما

و الثاني فهو على اقسام الاول الخسارات التي تحملها المشتري اصلاً
للبيع او دفعاً للضرر او نحو ذلك مما ليس في مقابل العين او المنفعة
ومنها اخراج السلطان ونحو وهذا يرجع به الى البائع الفضولي على ما
هو المعروف بينهم لقاعدة الغرور مع جهل المشتري لان البائع اوقعه
في الخسارة بالتغرير الثاني لجميع المنفعة التي استوفيها وهذا
ايضاً يرجع به عليه على الاشهر لقاعدة الغرور ايضاً كما لو اكل مال الغير
باذن ذي اليد مغروراً فان المنفعة التي استوفاها بناء على كونه ماله
مغرور من طرف ذي اليد البائع فاذا اغترم للمالك كان كمن اتلف مال
الغير باذن ذي اليد المدعي للملكية واشكل فيه او خالف صاحب الرياض
بناء على انكار قاعدة الغرور والاقتصار فيها على المورد المنصوصة
كالتغريم شاهد الزور اذا رجع عن الشهادة ومن بعض تسليم
تلك القاعدة ومنع الغرور هنا و الثالث زيادة القيمة عن الثمن
فانها ايضاً مسببة من التغرير بيع البائع وان كان لازم المعاوضة
كون تلف المال كلاً من العوضين من كيس المنتقل اليه اذ لا
منافاة بين ذلك وبين الرجوع في الزيادة عن العوض المقبوض
به على الغار لو كان هناك غرور واما ما لا يرجع به فهو نفس
الثمن لانه ملتزم به على اي حال سوى كان البائع صادقاً في دعوى
الملكية او كاذباً فليس مغروراً في الثمن الذي وقع عليه العقد
ومنه ايضاً انه لو كان العقد فاسداً لم يرجع بالزيادة ايضاً لانه
غير مغرور بالنسبة اليه والغرض ان خسارة الغرامة ثبتت
من جهة فساد العقد لا من جهة الفضولي اذ لو كان غير فضولي
لزمه ايضاً في الفرض دفع القيمة سواء زاد على الثمن ام لا انظر الى

ضمان

ضمان المقبوض بالعقد الفاسد ولو كان المشتري قد دفع الثمن الى البائع قبل
الغرامة فان كان جاهلاً استرجعه بعد ما اغترم للمالك اذ ليس عليه ثمنان
ثمن من البائع المالك وثمن البائع وان كان عالماً لم يسترجع مع التلف والبقاء
بين الثمن هنا حكم في من اقسام المقبوض بالعقد الفاسد قد سبق منا
الماضية وحاصله ان المشتري مع علمه بالحال يكون مسلطاً للبائع على ماله
لان تسليم العوض الى غير من له العوض ليس تسليماً وفائياً لا يكون تسليماً
مجانياً بخلاف تسليمه الى من له العوض فانه تسليم من جهة الوفاء بالعقد ومع
فساد العقد واقعاً لا يبقى الا مجرد التسليط في دفع الضمان فلا فرق بين تسليم
الثمن الى البائع الفضولي وبين تسليمه الى اجنبي لغرض البائع في كونه دافعاً
للضمان مع بقاء العين فالحكم التساوي وصرح جملة بعدم الاسترجاع
ايضاً ولكنه لا ينطبق على شيء من القواعد بل الاصح وفاقاً للشهيد الثاني
وكثير ممن تأخر الرجوع وتمام التحقيق في هذه المسئلة في بابه فليرجع والله
وفقنا الى الشرط الرابع من شروط الاجارة ان يكون المنفعة معلومة
بلا خلاف يحكى منا ومن العامة فان كانت واحدة كفى الاطلاق لعدم احتمال الغير
وكذا لو كانت متعددة ولكن بعضها اكثر فيحمل عليه للانصراف ولو كانت
متساوية وجب تعيين بعضها وتشخيصها بالطرف الاخر ولا يجوز الا
لجميع المنافع كما صرح به بعض بل عن التذكرة حمل الاطلاق على الجميع وهو
مشكل للابهام اذا خلت عن قرينة التعميم بل قد يتطرق الاشكال على
التصريح بالتعميم ايضاً مع عدم التصريح بكل واحد لان مجموع المنافع
مع عدم تعدادها او معهودية بينها يكون بمنزلة المنفصل
وجائز والا منفية صحتها بالاجماع نعم لو ذكرنا منفعة الظاهرة

ثم اجرها الجميع المنافع امكن القول بالصحة وان كان هناك منافع اخرى غير مذكورة
لانتفاء معظم الغرر بذلك كما عزى الى شيخنا فله في بعض الدروس وهذا نظير
بيع العين الموصوفة في الاكتفاء بذكر اوصاف الظاهرة وغيرها ولان الاكتفاء بذلك
في البيع ايضا اول الكلام ولا مقتضى كلما نعم لزوم المبالغة في توصيف العين
ووجوب جميع ما له مدخلية في القيمة سواء كانت ظاهرة او خفية وما مر من الدعم
من الاكتفاء بالاوصاف الظاهرة لم نجد منهم لو لم نجد خلافه وثانيا بان البيع
انما يتعلق بالعين والاجارة انما تتعلق بالمنفعة فلا يلزم من اغتفارها
في المقام وان كانت طريقة مسلكين واحد فيها للتمم الآن يقال استقصاء
الاوصاف النادرة الخفية مما يتعسر او يتعذر وكذا المنافع الخفية التي لا يعرفها
صاحب العين ايضا فكيف يمكن الاستيفاء في المقامين دفعا للغرر وهل
البناء عليه الا التزام بما والعين الجزئي توقف رفع الجهالة والغرر فيهما
على ذكر الاوصاف جميعا الذي هو منع الاكتفاء بالشهادة اعظم غرر
الا ان بعض الصفات الثابتة كالسن والحلق في الحيوان مما لا يدرك منها الا
على كفايتها فكذا التوصيف التام مقامها مضافا الى قيام السيرة على الاكتفاء
بالاوصاف والمنافع الظاهرة في المقامين هذا ويمكن التفصي عن الاشكال في الوجه
من باب التبعية فان ضم المجهول بالمعلوم اذا كان تابعا لا يوجب الغرر المفسد اذا
المنافع الظاهرة المعلومة بين الطرفين جارا دخال المنفعة الغير المعلومة الخفية في عموم
لفظ الجميع تبعا لكنه لا يأتي في البيع بل لا بد من الاكتفاء بارتفاع معظم الغرر
رفعا للحرج ثم قلنا بالصحة فظهر للعين منفعة لها دخل في زيادة الاجرة كان
للموجر الخيار بناء على جبر طريق التبعية وهل خيار العين او خيار تخلف الوصف
وجهان يبتنيان على ما هو التحقيق فيما لو باع ثوبا مثلا فظهر انه خز فيما يعتبر فانه فيه الوجهان

وانكان

وانكان الثاني الاوجه فيه كما ان الاوجه في المقام هو الاول لان الاجارة لجميع المنافع
بنت تمليكها بازاء الاجرة موزعة لان المجموع مفهوم كل عقد وان تختلف بها
ملك وكثرة لمفهوم ذلك ار فلو ظهر خلاف ما عن الموجر كان له خيار الغبن بناء على
انه كما يأتي في الجهالة حال المبيع او المنفعة كما لو باع سيفا مثلا ودعا انه من عمل
شخص معين فظهر كونه من عمل شخص اخر احسن منه في العمل بقاعدة نفي الضرر التي
هي في ثبوت الخيار للغبن وانكان الثاني من الغبن المنظم في اسماء المنار
هو القسم الاول اعنى ما كان لجهالة القيمة مع العلم بخصوصية المبيع وتمام الكلام
في بابه وطريق العلم بالمنفعة على طريقتها تقديرها بالزمان خاصة كسكنى
شهرا وبالعمل كخياطة الثوب او بهما معا كخياطة في هذا اليوم او في هذا
الاسبوع وهكذا وقد ظهر في مقام الضابط ان المنفعة اذا امكن على الاصح
تقديره بالمحل وبالزمان او بهما معا واورد على هذه الكلية بالارضاع
فانه عمل مع عدم امكان تقديره الا بالزمان ويقارب الفحل مع عدم جواز
تقديره بالزمان الا في ضراب الماشية بل لا بد من تقديره بالعدد
للتامل ان المعنى ان المذكور ليس كبيرا ان التقدير بالزمان خاصة بما اذا
كانت المنفعة غير العمل كالسكنى وعن في كونه مطردا وكيف كان فيجب ما تقدر
بهما معا ما بين من الاطلاق وترك اشتراط التعليق بينهما بحيث لا يزيد
ولا ينقص مثل ان يستاجره على ان يخيط هذا الثوب في يوم او يومين
بحيث يكون العمل المذكور مستوعبا لجميع المدة او على ان يحمله او يحمل متاعه
من مكان الى مكان في يوم او يومين بحيث المدة يكون العمل المذكور
مستوعبا لجميع المدة او على ان يحمله ويحمل متاعه على وجه الاستيفاء
والا بطل عند الاكثر للغرر لانه ربما يفرغ من العمل قبل مضي المدة
فيبقى بعضها بلا عمل او لا يفرغ عنه حتى تمضي المدة وعنا لا ضمنه اخر وقد استشكل البعض

ثم اجرها الجمع المنافع امكن القول بالصحة وان كان هناك منافع اخرى غير مذكورة
لانتفاع معظم الغرض بذلك كما عزى الى شيخنا قده في بعض الدروس وهذا نظير
بيع العين الموصوفة في الاكتفاء بذكر اوصاف الظاهرة وفيه اولا ان الاكتفاء بذلك
في البيع ايضا اول الكلام ولا مقتضى لها لعدم لزوم المبالغة في توصيف العين
ووجوب جميع ما له مدخلية في القيمة سواء كانت ظاهرة او خفية وما مر في البيع
من الاكتفاء بالاوصاف الظاهرة لم نجد منهم لو لم نجد خلافه وثانيا بان البيع
انما يتعلق بالعين والاجارة انما تتعلق بالمنفعة فلا يلزم من اغتفار هنا
في المقام وان كانت طريق مسلمتين واحد فيها للتعميم الان يقال استيفاء
الاوصاف النادرة الخفية ما يتعسر او يتعذر وكذا المنافع الخفية التي لا يعرفها
صاحب العين ايضا فكيف يمكن الاستيفاء في المقامين دفعا للغرر وهل
البناء عليه الا الالتزام بفساد العين للجزئي توقف رفع الجهالة والغرر فيها
على ذكر الاوصاف جميعا الذي هو منع الاكتفاء بالشهادة اعظم غررا
الا ان بعض الصفات المالية كالسن والحلق في الحيوان مما لا يدرك فيها الاحكام
على كفايتها فكذا التوصيف التام مقامها مضافا الى قيام السيرة على الاكتفاء
بالاوصاف والمنافع الظاهرة في المقامين هذا ويمكن التفصي عن الاشكال الوجه
من باب التبعية فان ضم المجهول بالمعلوم اذا كان تابعا لا يوجب الغرر المفسد اذ
المنافع الظاهرة المعلومة بين الطرفين جارا دخال المنفعة الغير المعلومة الخفية في عموم
لفظ الجمع تبعا لكنه لا يأتي في البيع بل لا بد من الاكتفاء بارتفاع معظم الغرر
رفعا للحرج ثم قلنا بالصحة فظهر للعين منفعة لها دخل في زيادة الاجرة كان
للموجر الخيار بناء على طريق التبعية وهل الخيار العين او خيار تخلف الوصف
وجهان مبنيان على ما هو التحقيق فيما لو باع ثوبا مثلا فظهر خشبة فيا تعين فارق الوجهين

والكان

والكان الظاهر الاوجه فيه كما ان الاوجه في المقام هو الاول لان الاجارة لجميع المنافع
يثبت تمليكا لها بازاء الاجرة موزعة لان المجموع مفهوم كل عقد وان اختلفت عبارته
فله وكذا لمفهوم للدار فلو ظهر خلاف ما عين الموجر كان له خيار الغبن بناء على
انه مما يأتي الجهالة حال البيع او المنفعة كالوباء سبقا مثلا وذكر انه من عمل
شخص معين فظاكونه من عمل شخص اخر احسن منه في العمل بفاعلية نفي الغرر التي
هي في ثبوت الخيار للغبن وان كان الثاني من الغبن المنطلم في اسما التبادر و
هو القسم الاول اعني ما كان لجهالة القيمة مع العلم بخصوصية المبيع وتمام الكلام
في بابه وطريق العلم بالمنفعة على طريقيها تقديرها بالزمان كاجرة خاصة كسكنى
شهر او بالمحل كخياطة الثوب او بهما معا كخياطة في هذا اليوم او في هذا
الاسبوع وهكذا وقد ظهر في مقام الضابط ان المنفعة اذا كان عملا صح
تقديره بالمحل وبالزمان او بهما معا واورد على هذه الكلية بالارضاع
فانه عمل مع عدم امكان تقديره الا بالزمان ويضارب الحمل مع عدم جواز
تقديره بالزمان الا في ضراب الماشية بل لا بد من تقديره بالعدد
للحاصل ان البيان المذكور ليس كما ان التقدير بالزمان خاصة بما اذا
كانت المنفعة غير العمل كالسكنى ونحو في كونه مطردا وكيف كان فحيث يتقدر
بهما معا لا بد من الاطلاق وترك اشتراط التعليق بينهما بحيث لا يزيد
ولا ينقص مثل ان يستاجره على ان يخيط هذا الثوب في يوم او يومين
بحيث يكون العمل المذكور مستوعبا لجميع المدة او على ان يحمل او يحمل متاعه
من مكان الى مكان في يوم او يومين بحيث المدة يكون العمل المذكور
مستوعبا لجميع المدة او على ان يحمله ويحمل متاعه على وجه الاستيفاء
والا بطل عنده الاكثر للغرر لانه ربما يفرغ من العمل قبل مضي المدة
فيبقى بعضها بلا عمل او لا يفرغ عنه بتمام المدة ويحتاج الى صم مدة اخرى وقد استشكل

جاهة منهم المطهرة ان مرجعهما واحد لان القدرة على التسليم دليل اعتبارها
المتوقف الغرر فيكون ما في المسالك دليلا لا دليل في مسئلة كما افيد وفيه تامل لان
مرادهم بالغرر هو الجهالة وهذه الاباني فيه الغرر بمعنى الخطر وبعد الاعتبار يتمسك
به لاشتراط القدرة على التسليم ايضا والمناسب للمقام هو الاول لان وجه البطلان
على ما عرفت هو الشك في حصول التطبيق وعدمه فيلزم وجه الفساد هو الغرر
بالمعنى الاول نعم في المسالك لا لتعذر التسليم وكيف كان فقد صرحوا بانه من الاشكال
بل الخلاف في الصحة في صورة الاطلاق من دون شرط التطبيق فانه لا غرر
فيه اصلا وعلى هذا تاتي في كتاب التردد في المسئلة حيث قال
وان قال للملك او الملك مثلا ان يتجر لبعض هذا الثوب في هذا
قيل يبطل لان استيفاء العمل الى المدة قد لا يتفق وفيه تردد
وليس في محله لان المراد بالعبارة هو الاطلاق من دون شرط التطبيق
كما هو الظاهر فلا وجه لاحتمال الصحة ولا لنقل القول بها ايضا لان الظاهر
عدم الاشكال في الفساد حينئذ ولاجل الاستفادة العبارة حملها بعض
مشايخنا قده تارة على التردد في مقام الامكان على الوجه المذكور
فهل هو ظاهر في الاطلاق حتى يصح او في الاشتراط حتى يفسد
قلت لا وجه للحمل المذكور مع خلو العبارة عن الشرط المذكور اللهم
الا ان يمنع عما تخيلوه في صورتي الاطلاق والاشتراط من الفرق
اذ لا معنى لا يجد بطلان دعوى كلية الامكان والقدرة على
التسليم في صورة الاطلاق او دعوى كلية عدم القدرة عليها
في صورة الاشتراط فمع الاطلاق لا بد من ملاحظة خصوصية
العمل وخصوصية المدة فقد يكون اصل استيفاء العمل المذكور في
الاجارة في المدة غير معلوم التسليم وكذا مع الاشتراط لا بد من ملاحظة

الخصوصية

للقصور حينئذ فقد يكون التطبيق مما يتفق به الجري على عادات الاعمال فلا وجه للبطلان
حينئذ فيصح التردد في الاطلاق لكل من الصحة والفساد وفي صورتي الاطلاق
والاشتراط فالبحث على التقسيم على كل تقدير سواء كان مرادا بصورتين صورة
الاطلاق او صورة الاشتراط كما لا بحث على العلامة والشهيد قدهما في على
التحرير والحواشي من تجويز العقد على اي تقدير ايضا نعم يمكن دعوى غلبة القدرة
على التسليم مع الاطلاق وغلبة عدمها مع الاشتراط الا انها لا ترفع المؤاخذة
على اطلاق الحكم في القولين نعم استدل بعض على البطلان في صورة
الاشتراط بان التطبيق شرط سفهي لا يتعلق به الغرض الصحيح فيكون
فاسدا وهو حسن لو اقتصر على مفاد الشرط وظاهرهم فساد العقد خصوصا
مع التعليل بالغرر وانه قد لا يتفق التطبيق وقد يوجه التردد بعد تنزيل العبارة
على الاطلاق كما هو الظاهر بان المفروض في المسئلة ما لو شك في حصول العمل في
المدة المذكورة المشروطة لا مع العلم بامكان حصولها بنفسه بتعليل البطلان
باحتمال عدم اتفاق استيفاء العمل فيها ذكره بعض مشايخنا قده وهو اولى
ومثل الشهيد بانه لا دليل على الفساد مع احتمال القدرة على التسليم اذ
العذر الخارج من ادلة تصحيح الصحة بالوطء تقدره فيبقى صورة الشك
حينئذ وشبهه لا يصح لان ظاهرهم كون القدرة على التسليم شرطا ومقتضاه
الفساد مع الشك فيها والتمسك بالعمومات مع الاحتمال لا بد الشك لا يرجع الى
التمسك بالعام المخصص في الشبهة المصداقية فيه ودعوى عدم كونها شرطا
بل التعذر مانع ففي صورة الشك يرجع الى اصالة عدم المانع مدفوعة
بما قرر في محله من عدم جريان اصالة عدم المانع مع عدم الحالة
السابقة ومعها لا حاجة الى منع شرطية القدرة كما لا يخفى فهذا الوجه للتردد
اضعف من الاول معنى وان كان احسن منه لفظا وقد يوجه بعد حمل العبارة على خلاف ظاهرها

اعني التطبيق كما عن المسالك بما عن القواعد المختلف على اختلاف في النقل بان شرط
التطبيق شرط مؤكد لمعنى التعجيل بمعنى عدم التاخير عن المدة المذكورة نظرا الى
تعلق الغرض به فلو صرح به المستاجر لم يفد سوى المبالغة في عدم التاخير وهذا
لا ينافيه بل العقد صحيح ويزيد عليه خيار الفسخ له دون الموجر لو تاخر بنا
على كون شرطا كما لو اشترط العلم فان فسخ استرد الاجرة وكان للموجر اجرة المثل لما مضى
والا التزم على الاتمام على المدة وفيه اولا انه لا ظهور في العبارة على ذلك بل
ظاهرها الاطلاق فكيف يحمل على الاشتراط عليه ودعوى معروفية هذا النوع
عند القوم فيترجح الصرف الى الاشتراط الطريقة معهودة لها مد فوعة بما قيل انه
لم يكن بخصوصه معروفا ولا مذكورا في كتبهم قبل العلامة في التذكرة و
ثانيا ان بين التطبيق والتاكيد في عدم التاخير بونا بعيدا بحيث لا يلتفت
من احدهما فكيف ينزل عليه ويبنى على الصحة والاظهر في هذا الوجه انما
هو الوسط كما يقتضيه ظاهر العبارة ويستند في التردد الى ما عرفت من
احتمال كون القدرة على التسليم شرطا عليها غير متوقف على احرازها
صحة العقد وان كان على خلاف التحقيق كما عرفت هذا والانصاف وجود
الفرق بين الصورتين لان التطبيق على فرض امكانه نادر الحصول غير موثوق
التحقق في الخارج وهذا يكفي في عدم القدرة على التسليم الذي هو
شرط في الصحة ولذا اشترط في السلم كون المسلم فيه غير نادر الوجود
بان لا يبالغ في التوصيف وذكر الخصوصيات بحيث يورث الندرة الوجود
بخلاف التقدير بهما من دون اشتراط فان فيه لابد فيه ملاحظة
المقامات ومراعات شرط القدرة بحسبها فقد ظهر من الفرق و
ليس هو الاطلاق في الموضعين بل التنبيه على ان شرط التطبيق يفسد
بخلاف التقدير بهما مجردا عنه فانه على حد سائر الشروط والخصوصيات

السابعة

السابعة على فرض ملاء منها من الحادي بها اعلم انه لو استاجر لجميع المنافع لم
يجز له استيفاء المنفعة فيها وهو المحرم كان يحمله ما لا يطيق عادة او يستعمل
في وقت النوم الضروري او لحمل الثقيل في ارض مغصوبة او نحو ذلك كالاجير
للاجر ولا المولى لكن لو فعل ذلك ففي ضمانه له القيمة وجهان من
انه يملك جميع المنافع فالمحل المحرم لا ينتقل الى المستاجر بل هو باق
تحت ملكه فيضمن قيمتها له كل من استوفاها كما عن الاستاد العلامة رفع الله
مقامه ويشكل ذلك بان للحرمة في المنافع يخرجها عن المالية بحيث لا في المكاسب
المحرمة التي اجرها سحت فلا معنى للحكم بالضمان هنا ثم اعلم ان تضاد المنافع
وعدم امكان اجتماعها واستيفائها معا لا يقتضي الحكم بفساد الاجارة بدعوى
لزوم الجهالة الحاصلة بالابهام كتمليك احد العبدين او الثانين او غيرهما للفرق
بين تمليك احد الشيئين المتضادين او المنافع المتضادة وبين تمليك جميعها
فان الاول يتضمن جهالة الابهام ويفسد كما في نقل الاعيان والثاني يصح لعدم
الابهام بعد كون الملحوظ في تمليك الجميع وان استحال وجودها جميعا بل لعدم
دخولها كلا في ملك المستاجر فيصير بمنزلة نفس الاجير او بمنزلة مالك
العبد في السلطنة على جميع المنفعتين المتضادتين غاية الامر امتناع
استيفائها مجتمعا وهو لا ينافي صحة الاجارة لانها تتوقف على امكان
استيفاء المنفعة التي وقع عليها العقد في الجملة ولو منفردا فلا اشكال
بل لا خلاف ظاهرا في الصحة وفي تسليط المستاجر على الاستيفاء
ايها شاء واذا اتفق ذلك فاعلم ان الاجير عندهم ينقسم الى الخاص
والعام والاجير الخاص هو الذي يستاجر مدة معينة سمي خاصا
لاختصاصه في تلك المدة بالمستاجر شرعا لا يشاركه في جواز استيفا
منافعه غيره وقد يسمى بالمقيد ايضا وفي المسالك انه يسمى بالمقيد

ع

او لانه في مقابل المشترك لا العام والمراد بالمشترك هنا المطلق والعام
هو الذي يستأجر من غير تعيين المدة مطلقا لا اولا ولا آخرا فان عين
ابتداء العمل فهو ايضا منها موضوعا كما عن جامع المقاصد والمسالك ومثله
ما لو قيد في صورة الاطلاق بوجوب المبادرة على الاجير وعلى هذا يبنى الخاص و
العام لان الاول من يدخل عمله في ملك المستأجر مع عينه بل وقع فيه
للخلاف والثاني من لا يدخل ملكه فيه الا مع التعيين وستعرف توضيحه كم
الاجير في مصطلحهم على ما قيل اسم لخصوص الآدمي الحر لكن حكم البعض يعلم بالمقايسة
في التكليف دون ... فانه يشارك الحيوان ويأتي الكلام فيه ان شاء الله تعالى في
قسم الثالث وهو ان يكون المحل من الاعيان دون الحيوان وجميع احكام
الباب تدور بين الاقسام الثلثة ووجه الحصر ان المحل اما انسان او
حيوان او عين من الاعيان ولا يجوز له اي للاجير الخاص العمل لغيره في المدة
الا باذنه الا في الوقت الذي لم تجر العادة على العمل فيه كالليل في مثل
الاجير للبناء ونحوه كما صرح به غير واحد نافيا بعضهم فيه الخلاف
وهو حسن لكن الاستثناء منقطع لان الليل في حق الاجير وان كان داخلا
بالاطلاق ولو بالتصريح كان كالنهار والا كان كالخارج
عن زمان الاجارة ثم ان الاجير الخاص اقسام احدها ان يكون جميع منافعها
للمستأجر وثانيها ان يكون المختص به بعضها كالخياطة مع تعيين
المدة وعدمها ... الاخص الوسط ... الاوسع وثالثها
تعين اول المدة كان استأجره للخياطة شهرا معينا واشترط عليه
الاشتغال بعد العقد الى ان يتم ولا خلاف في ان الحكم المذكور في الاقسام
كلها اذا كان العمل منافيا لحق المستأجر في الوفاء بعد العقد
فاما غيره ... واما ما لا ينافي كاجراء صيغة البيع حين الاشتغال

بحيث

بحيث لا ينافي شيئا من العمل المستأجر عليه ذاتا او وضعا فلا جرم بلا اشكال
فيما عدا القسم الاول لعدم المقتضي للسلب كما لا يخفى وان احتمل في المسالك
لكنه غير ظاهر الوجه الا ان يدعى تضمن الاجارة شرطا ضمنيا على الاجير
وهو ان لا يشتغل بغير الخياطة وهو كما ترى وكذا القسم الاول وهو الذي
دخل جميع منافعه في ملك المستأجر اشكاله كونه تصرفا في ملك الغير بغير
اذنه ومن قيام شهادة الحال والسيرة على عدم الاستيذان فيما
لا ينافي عليه هذا في المسائل وغيره ويشكل بمنع حصول العلم من شهادة
الحال على وجه يرفع قبح التصرف في مال الغير ودعوى كفاية الظن غير
ثابتة وان احتمل كما في القبلة في الاراضي المتسعة نعم يمكن ان
يستدل له بعدم جريان العادة على دخول مثله في اطلاق الاجارة
فلا مانع للعمل للغير بل ان اخذ الاجرة كانت له لا للمستأجر كما ان
تفسير الجواز المسند الى الوجه الاول المذكور في المسالك بعود
الاجرة الى المستأجر اذ لا منافاة بين جوازه بشهادة الحال وحصوله
في عوضه في ملك المستأجر مراعاة للاحترام بمال المسلم فلو جاز اخذ
المسمى ان كان والا اخذ اجرة المثل وعلى الوجهين لا بد من تقييد العمل
المنافي بما اذا لم يكن خطيرا يعتد به كالاستغراق ونحوه من الصنائع
المتعارفة اذ لم اجد مصرحا به اذ لا عادة في مثله على جريه في ا
طلاق الاجارة ولا اذن من طريق شهادة الحال بجوازه لو قلنا
بحرمة التصرف فان العقد صحيح لا مقتضي لفساده لان الحرمة انما تستند
التابعة من جهة التصرف في مال الغير لا يقتضي فساد ذلك
التصرف اذا كان من العقود فيصح البيع الذي اوجده للغير من
غير اشكال ومثل الاجير الخاص العبد ففي الجواز توكيله من غير

٣

من غير اذن مولاه اذ لم يمنع شيئا من حقوقه اشكال وخلاف وفي وكالة التذكرة لجواز واحتماله في وكالة المسالك مستندا الى شهادة الحال وقيل بالمنع كما هو ظاهر الكلام بناء على منعها او منع كتابتها في التحجيص وقد بقال كما في كتاب الاسناد وقد في مسئلة اشتراط اذن السيد في بيع العبد انه لا دليل على حرمة هذه التصرفات الجزئية للسيرة المستمرة على وكالة العبد ونحوها من المشاغل الجزئية ومعناه ما نقل عنه في الاجارة الخاص مع سلطنة المولى على المنع في التنكر والذكر والكلام واشباهها من الاجوبة العادية وهو مشكل نعم لا يبعد الالتزام بعدم السلطنة في الاجير الخاص لعدم دلالة الاطلاق على دخول هذه الامور تحت الاجارة ولذا قال في المسالك ان الجواز فيه اولى من الجواز في استعمال العبد الا انه مع العلم برضاء كما هو الغالب يجوز والا ففيه اشكال ودعوى وجهها الاول انه لعمل في الموضعين على شهادة الحال ودعوى الاولوية فيه واضحة وان كان بعيدا والتحقيق في استعمال العبد انه مع العلم برضاء المالك كما هو الغالب يجوز والا ففيه اشكال ودعوى خروجها عن سلطنة المولى يستلزم القول بصيرورتها عوضها على فرض ثبوت للعمل لها ملكا الا ملكا للعبد والقول بعدم نفوذ نهي المولى والتزامها على الفقير بعيد مستبعد والعبارة التي نقلناها من كتاب الاسناد فذهب لا ظهور لها في نفي السلطنة بل هو بالاستناد الى الادلة المستفاد من شاهد الحال اقرب ثم لا ينبغي الاشكال في فساد عقده وان قلنا بالجواز اذ المستفاد من قوله تعالى عبدا مملوكا لا يقدر على شيء بطعمه ما ورد من اسناد الامام عليه

على

يا معين باحد نقم

لو نهاه الآمر

لو امر المستاجر

به على فساد كلامه بغير اذن مولاه توقف صحة تصرفاته على الاذن مطلقا فهو على خلاف اجير الخاص فان تصرفه صحيح وان قلنا بالتحريم كما عرفت خلافا لبعض مشايخنا حيث قال بصحة عقده على استمرار اذن المالك وان لطلبت وكالته بعدم سكوته مسلوب العبارة وفيه انه ان اراد بالمالك الموكل فقد عرفت ان مقتضى كونه مملوكا لا يقدر على شيء اشتراط سببية عقوده انشاء بافتقاره الى المولى فكيف يكون مجامعا عدم اذنه وان اراد به المولى ففيه ان هذا خروج عن المفروض في اذ الكلام فيما لو باشر عقد الاجنبي من دون اذن مولاه كيف يبطل الوكالة التي وما فيه مع اقترانه باذن المولى هذا كله فيما عمل الاجير عملا لا ينافي العمل المستاجر فيه فان عمل ينافي فاما ان يكون مملوكا للمستاجر عموما او خصوصا او منافيا محضا من غير ان يكون مملوكا له كما لو استاجر للخياطة ثم عمل العين غيرها كالبناء فان كان مملوكا له فاما ان يعمل للغير قبل ان يعمل للمستاجر شيئا او بعده وعلى الاول فاما ان يكون بعد تسليم نفسه الى المستاجر او قبله وعلى الثاني فاما ان يكون بعد الفراغ او في الاثناء فههنا مسائل الاولى ان يعمل للغير بعد ان عمل المستاجر شيئا في مفتاح الكرامة انه لا خيار للمستاجر في عقد نفسه لان التسليم المعتبر في المعاوضة قد حصل وذلك كما لو غصب الموجر العين المستاجرة بعد التسليم فانه لا خيار للمستاجر على الظاهر جوابه وان كان فيه خلاف في الجملة وكذا الو سلم نفسه الى المستاجر ولم يعمل له شيئا وهو مشكل لان تسليم العين مقدمة لتسليم المنافع وبعد الغصب كيف يعد تسليما ولا بقاء من ذلك نعم السلم في الاعيان ولعله لذا صرح في المسالك كما عن الحواشي والرياض بالخيار بين على العمل للمستاجر لا جل بعض العمل وكذا عن التذكرة انه لو سكن المالك التي اجرها في اثناء المدة كان للمستاجر الخيار وكذا عن جامع المقاصد في اخر مباحث اجارة الارض بانه لا فرق بين ان يكون قبل القبض او بعده ولا فرق فيما ذكرنا بين الحر والعبد خلافا لبعض مشايخنا قده وحيث اورد عليه بما قلناه في خصوص الحر دون العبد والدار ونحوها من الاعيان المملوكة رقبة

ان الوجه المذكور جار فيهما لو حال بين المستاجر وبين استيفاء المنفعة غير موجر كالغاصب ونحوه لم يكن له الخيار لحصول الغرض واما منع المستاجر فهو مناف للقبض ولو في العبد والدار وفاقا للتذكرة وجامع المقاصد وسياتي له مزيد بيان فيما بعد واشكل فيه ما في مفتاح الكرامة اسباب الطلاق ... من انه لا خيار له في العقد الثاني ايضا فرضه كونه فضوليا واقعا على ملك المستاجر فكيف يكون مخيرا لهم الا ان يريد ما لو عمل الاجير غير العمل الذي استحق عليه فان عدم الخيار واضح كما ياتي هذا كله بالنسبة الى المقدار الباقي من المدة واما بالنسبة الى الماضي الذي عمل فيه للمستاجر فان اختار الفسخ في الباقي ثبت له خيار القبض في الماضي فله الفسخ بالنسبة اليه فيسترد من المسمى بالنسبة فيرجع المسمى كله للمستاجر باعمال خيارين في الباقي خيار التلف والاتلاف في الماضي وخيار القبض وله الابطال نحو المسمى بعضه للاجير فيما ينافيها بل منه القدر الباقي يكون للمستاجر وما يكون مقابل الماضي يكون للاجير كما هو واضح الثاني ان يعمل للغير تمام المدة قبل ان يسلم نفسه الى المستاجر وله اقسام الاول ان يكون العمل للغير باجرة بعقد اجارة او جعالة ونحوهما وحكم على الظاهر تخير المستاجر في عقد نفسه بناء على اعمال السببين فيما لو رهن البايع المبيع قبل القبض ويأتي فيه خلاف الشيخ وممن يوافقه في العمل بتعين الطلاق والانفساخ كالوزانة باقية سارية وقد مر بعض التوضيح كما ذكر لذكر البقية وذكر دليله وتمام التوضيح موكول الى بابه فان اختار الفسخ يسترد عنه الاجرة خاصة وليس له على الاجير شيء سواهما وفي صحة العقد وبطلانه مبنى على من باع شيئا ثم ملكه وان اختار الامضاء فله الخيار في العقد الثاني فان لم يجز فاستحق اجرة المسماة ثم الاجرة ان كانت عينية معينة طالب كل من هي عنده من الاجير او المستاجر الثاني وله ان يطالب المستاجر الثاني ولو كانت عند الاجير لان القبض حق عليه وهو المامور بالوفاء والقيام بلوازم

المعاوضة

المعاوضة وما عن الروضة من مطالبة من شاء منهما نرجيح لا تعيين وان لم يقبضها الا حين لم يطالب الا الكرمه فيطالبه لانه المامور بالوفاء والقيام بلوازم المعاوضة وما عن الروضة من مطالبة ايهما شاء من القواعد من اطلاق جواز مطالبة كل منهما محمول على صورة القبض ولعل الاطلاق نظرا الى ضمان الاجير وعدم خروجه بمجرد اجارة العقد الثاني نعم ان لا وجه لضمانه بعد خروج المضمون عن ملك المضمون له باجازة العقد الواقع عليه مع ان مقتضاه ضمان اجرة المثل دون المسماة وان كانت الاجرة كلية فهي مقبوضة طالب المستاجر خاصة وكذا لو قبضها الاجير ولم يخرج القبض وان رد العقد الثاني فقد صرح في القواعد وكذا في المسالك بان له مطالبة كل منهما باجرة المثل وعلل في المسالك مطالبة الاجير بانه مباشر للاتلاف فيجب عليه الغرامة باجرة المثل دونه واما مطالبة المستاجر الثاني فلانه استوفى المنفعة وكل من استوفى المنفعة فعليه الاجرة لمالكها ورد على الاول بان الاجير بمنزلة البايع والعمل المستحق عليه بمنزلة المبيع ولو سلم البايع المبيع الى غير المشتري لم يكن متلفا عليه شيئا بل ثبت له خيار تعذر التسليم وانما يتمكن من الخذ ولو بالاجبار كيف ولو كان متلفا قرار الضمان عليه على القاعدة في الغرامة مع انه لو غرم للمستاجر الاول الخيار كان له فسخ العقد اعمالا لقاعدة التلف قبل القبض وان امضاه وقع له سلطان على المستاجر الثاني خاصة فيجبره بنفسه او بالرجوع الى الحاكم من غير خيار ومما ذكرنا ظهر انه لا وجه لضمانه بسبب اليد ايضا كما لا وجه لضمان البايع اذا سلم المبيع الى غيره لان يده ليست يد المعاوضة واجيب تارة بان الضمان هنا مستند الى التسليم مجرى ادلة الضمان باليد فان تسلم المال الى غير مالكه بغير اذنه اشد حكما من وضع اليد عليه مضافا الى كونه منافيا للسلطنة المطلقة الثابتة للناس على اموالهم ورد بان مجرد التسليم

١١٦٢

توقفه للمستاجرة

للمستاجر الاول ... رجع ... المستاجر الثاني ... ولا ... لمطالبة الاجير ...

... عدم ضمان المطروقة

٥

ليس من اسباب الضمان كما لا يضمن البايع التسليم الى غيره بل لا بد من كونه اتلافا او تفريطا مع كونه ظالما ولا استقر الضمان كما لا يضمن عليه واجب بالقرينة ان التسليمين لان التسليم هنا تفويت المنفعة على المستاجر وان لم يكن اتلافا فيكون مثل الحيلولة بخلاف تسليم البايع اخرى بالاجل اتلف على المستاجر احدا ضيلها العمل الذي اوجبه للغير والمستاجر الثاني اتلف عليه ذلك العمل الذي استوفاه فكان ضامنا بلا اتلاف الا ان الاتلاف للاجير لا اخذ بالنسبة الى ما اجر لا منه ادرا الاتلاف المستاجر بالنسبة الى نفس العمل ولا يلزم من ذلك استحقاق المستاجر الاول عليها اجرتين جمعا لان المبدل لم يتبع المبدل فكان استحقاقه لجميع المنافع على الاجير كان على سبيل البدلية فمن استحقاقها لا بد الها ولا فرق في ذلك بين ان يكون جميع منافع الاجرة في المدة المذكورة مملوكة للمستاجر او بعض منافعه المعينة كالخياطة لان خياطته الى كلي باعتبار افراده الخارجية المشخصة بخصوصيات الوجود التي منها خصوصية مقوله فاذا اخاط الغير المستاجر في تلك المدة فقد اتلف عليه الخياطة وان تم مثلا عليه الخياطة للغير قلت ضعف هذه الاجوبة لا يخفى خصوصا الاخير لان اتلاف المنفعة مفرغ في الاستيفاء فالمنفعة الموهومة الغير المستوفاة ايضا متلفة على المستاجر مع ان حال التلف لا اضداد حال ملكيتها ثابتة لاحدهما على سبيل البدل فكذا اذا اتلفا عليه منفعة واحدة على سبيل البدل ولا فرق بين كون المتلف بالكسر شخصا واحدا او شخصين فالايراد على مطالبة الاجير وارد الا ان يقال انه يضمن بسبب الاتلاف ولا ينافي ذلك كونه مسلما للعمل الى الغير ولا رجوعه عليه لو اغترم للمستاجر الاول لان ايصال العمل الى احد انما يكون بايصال فائدته اليه وهو هنا موجود فالاتلاف هنا عين الايصال الى الغير واما لزوم كون قرار الضمان على من تلف عنده فلا نسلم شموله

فكان يكفيها

فانه انما اتلف عليه

المثل المقام

المثل المقام لان ناشي القاعدة ولسواء ابتعد يا وانتفائها للقرار هنا ممنوع لان قرار على من اتلف انما هو لاجل انه لا ضامن له بالنسبة الى التالف حتى يرجع اليه اذا عزم الا الايلم يرجع الى احد وليس لازمها هنا لان مالية العمل انما هي باثره وفايدته وهي موجودة بعد تلفه عند المستاجر الثاني ومقتضاه رجوع المتلف بعد الغرامة الى من عمل اليه الفائدة والمالية وان شئت قلت ان للاجير انما اتلف ذات العمل والمالية فهي باقية موجودة عند الغير لا انها ممتنعة الانتقال الى الملاك فيكون كمن حال بين المالك لا فرق بين الحيلولتين في اقتضاء الضمان قال وظاهر الاكثر سلطنة على الرجوع باجرة المثل على من شاء منهما سؤال وهو ان من غصب العين المستاجرة لا اشكال في ضمانه لها على المنافع سواء كان ادميا او غيره وسواء استوفى منفعتها ام لا وهل يتفرع ذلك من سلطنة المستاجر الاول هنا على اجرة مثل المنافع للاجير لا اجرة مثل العمل للمستوفى اللهم الا ان يكون غرضهم بيان حكم المسألة مع قطع النظر عن مقدار استحقاق المستاجر فيكون اجرة مثل العمل المستوفى في كلامهم من باب المثال فافهم وكيف كان فلو رجع الى الاجير رجع هو بها على المستاجر الثاني لكون التلف عنده فيقر الضمان عليه وربما احتمل انه يرجع بالمسمى في الاجارة الثانية دون اجرة المثل التي دفعها الى المستاجر لانه بعد الغرامة يصير مالكا للمنفعة فيكون من باب من باع شيئا ثم ملكه وهو فاسد لان المنفعة التالفة لا يعقل دخولها في ملك الاجير بعد الغرامة نعم في ملكه عوضها في ذمة المستاجر الثاني وهكذا في تعاقب الايادي فان المغترم يملك عوض ما دفعه الى المالك في ذمة من استقر عنده التلف ومع عدم التلف لا يجب على احد الايادي شيء سوى رد العين الى مالكه مع الامكان ومع التعذر يدفع بدل الحيلولة وهو ليس بدلا عن العين عند الاكثر القسم الثاني ان يعمل للغير تبرعا وحكمه كالسابق في الضمان في جواز الرجوع على

قربنا

عد حا ... من الملك ...

من شاء منهما مع عدم الفسخ كما في نظيره القسم الثاني ان يعمل للغير تبرعا وحكمه
كما السابق في الخيار في جواز الرجوع للمالك وحكى الروضة واورد عليه بعض مشايخنا
فيما لو كان المعمول له جاهلا بالمال فانه لا وجه لضمان المعمول له حتى يرجع اليه الاجير
المتبرع فانه لا يزيد على العبد الذي عمل لغير مولاه من دون اذنه واستدنائه وهذا
جيد ولكن الفرض لبعده لا يلتفت اليه في فهم كلمات الاصحاب خصوصا مع ملاحظة
قرينة عطف التبرع الى قصد الاجرة وسياقهما مساقا واحدا وكيف كان المراد واضح
وهو ما اذا عمل للغير تبرعا باستدعائه او اذنه واما اذا عمل له من دونهما سواء كان
وانيا او كارها فانه لا رجوع له عليه لعدم السبب كما لا يخفى المسألة لابد من فرضها
فيمن كان جميع منافعه مملوكة للمستاجر كما هو [illegible] في كلامنا ويفرق هنا بينه
بانه لو رجع المستاجر الى الاجير لم يرجع هو الى المعمول له مع الغرور والجهل مع [illegible]
اليه لاستقرار الضمان عليه لانه بتبرعه السابق بعد ان كان المتبرع به ملكا للغير كالمالك
الغاصب الطعام المغصوب للآكلين مع علمهم بالغصب فانه يضمن كاملا واضح ولو دفع
الى الغير فانه مغرور راجع هو الى [illegible] المتبرع ولا رجوع لاستقراره عليه
القسم الثالث ان يعمل لنفسه لا للغير كما لو احتطب او احتش او حاز شيئا من المباحات
لنفسه ففي المسالك كما حكي من الروضة ان حكمه حكم المتبرع في ضمان العمل للمستاجر عليه
والحوز فهو ملك للاجير وفي التشبيه مسامحة لان المتبرع بما هو عين العمل المستاجر
عليه والحيازة هنا مغايرة لما ان يفرض الكلام فيما صار اجيرا لجميع منافعه او لخصوص
الحيازة ومن الاستاد [illegible] في بعض دروسه تحقيق للمقام بان الحيازة اما ان نقول
باشتراطها بقصد التملك او نقول بدخول الحوز في ملك الحائز قهرا من غير نية له على [illegible]
المذكور في ابواب متفرقة كاللقطة واحياء الموات والشركة وغيرها فعلى الاول
يدخل الحوز في ملك من حصل من قصده له ان قصد للمستاجر دخل في ملكه ولا ذمه

جواز الاستيجار لخصوص الحيازة ولو قصد لنفسه دخل في ملك نفسه [illegible] المستاجر
لانه نفسها لا يشترط وعلى الثاني لم يدخل في ملك المستاجر [illegible] وان استاجر لخصوص
الحيازة لان استيجاره لغير مشروع ولازمه عدم جواز التوكيل [illegible] لانه [illegible]
بعدم اعتبار المباشرة ومقتضى دخول الحوز في ملك الحائز قهرا [illegible] في الاجير
فكيف يدخل فيها التوكيل لكن عن [illegible] التفصيل بالمنع عن التوكيل والتمسك في الاستدلال
وهو غير واضح وربما وجه بان حصول الملك مع عدم القصد انما [illegible] اذا حاز لنفسه
واما اذا حاز لغيره فيتبع القصد كما يرى ان الخياطة تدخل في ملك الخياط
بمجرد وجودها اذا لم يخط لغيره ولا تتوقف على قصد كونها للغير وهو ضعيف ولكنه
ما نحن فيه ابتنا المسألة على مسألة اشتراط نية التملك في الحيازة للمستاجر كان اذا
في الحيازة المستاجر [illegible] وقوعها للحائز كان متوقفا على قصد التملك المفقود
في الفرض [illegible] في ملكه [illegible] المستاجر اذا كان اباحه او اجيرا في [illegible]
الحيازة او في جميع المنافع التي منها الحيازة ومع عدم الامرين لم يدخل في ملك احد
الاجير الحائز لعدم قصد التملك [illegible] المستاجر لعدم كونه اجيرا فيه او ما [illegible]
ولكن اباحته [illegible] الاباحة لا اليه وعلى القول بعدم الاشتراط دخل في ملك
الاجير في جميع الصور [illegible] لحق الحيثية للطلقة وعليه اجرة المثل للمستاجر
مراعاة مصلحته في اجبارا على المنافع التي منها الحيازة وليس له اجرة مثل جميع
منافعه حتى المضادة لانه وان كانت مملوكة له على البدل هذا كله فيما لو نوى الحيازة
المستاجر ولو نوى الحيازة لنفسه كان ملكا له ولا يدخل في ملك المستاجر
سواء قلنا بالاشتراط اولا وسواء كان اجيرا في خصوص الحيازة او في جميع
المنافع او في عمل اخر غير الحيازة كالكتابة وسواء كان بقصد [illegible]
تفيه [illegible] المطلقة وعليه اجرة المثل للمستاجر كما عرفت هذه خلاصة التحقيق

فى القواعد استشكل فى صحة الاجارة على خصوص الحيازة نظرا الى الاشكال
فى صيرورة المحوز ملكا للمستاجر او الاجير وبان الاشكال فى غير مورد الاستيجار
على خصوص الحيازة بطريق اولى ومنشأ الاشكال هو الاشكال فى اشتراط
قصد التملك فى الحيازة اذ بناء على عدم الاشتراط ملك الحائز المحوز قهرا فلا
يدخل فى ملك المستاجر كما عرفته ويمكن تقرير الاشكال على القول
بعدم الاشتراط ايضا فلا يكون منشأ الاشكال فى الاشتراط كما هو مقتضى التحقيق
فى المذكور الا كذا ان يقال ان الحيازة كالاحتطاب والاصطياد احد المكاسب
المتعارفة بين الناس ولو بعنوان ملاحظة الشارع لها بنفسها سببا للملك فلا يتحقق
موضوع الكسب ولازم كونها من المكاسب صحة الاستيجار عليها كما فى الاستيجار على
الكتابة وساير الاعمال المتعارفة لانها سبب لدخول اثرها فى ملك المباشر
مثلا من غير حاجة الى قصد التملك فكما ان الاستيجار على الخياطة خصوصا
او عموما سبب لصيرورتها فائدتها ملكا للمستاجر فكذا الاستيجار على الحيازة بعد
جعل الشارع لها من اسباب الملك اذ لا فرق بينهما الا فى ان الخياطة اثرها
الحيازة عين وهو ليس بفارق لان ملكية كل شئ بحسبه وهذا هو المطابق
لبعض تفاسير الاجير الخاص لتفسيره بانه من لا يتوقف دخول عمله فى ملك
المستاجر على القصد والنية بل لو قصد العامل لم يؤثر كما مر ولعل لاجل
ما ذكرنا قال بعض مشايخنا فى مقام الرد على الشهيد الثانى بوقوع الحيازة
للمستاجر مع ان مذهبه فى الحيازة عدم اشتراطها بقصد التملك نعم ظاهر كلامه عدم
التعويل فيه على هذا الوجه حيث استدل عليه بان حيازة الاجير الخاص حيازة للمستاجر
كما ان حيازة العبد حيازة المولى فكما ان الحائز هو المستاجر والمولى لكن بين الاجير
والعبد فارق عليه انتصار الشهيد بان حيازة الاجير انما تكون بمنزلة حيازة المستاجر ان

قصد النيابة فلو حاز لنفسه كما هو محل البحث ومورد كلام الشهيد لم يكن وجه لصيرورة
حيازته للمستاجر وكيف يكون كذلك مع ما توقفه على قصد النيابة اغرب انتصار فانه من
الشهيد قال هو ان عين سوار قلنا بتوقف سبب الحيازة على قصد التملك ام لا
لان الفرق بين القولين انما يظهر لو نوى الحيازة للمستاجر واما لو نواها لنفسه كان
المحوز له بلا اشكال كما ظهر فى التحقيق المذكور قلت ليس فى كلامه ذلك ان ابتنى
كون حيازة المستاجر هذا لا يتوقف على النيابة بل ملكها المستاجر كان الامر
على كما ان حيازة العبد حيازة المولى من غير حاجة الى قصد النيابة لا اثر لها فيما
سواء قلنا بالاشتراط او لا فلو حاز شيئا من المباح شيئا دخل فى ملكه لا فى ملك الغير
الا ان يكون ملكا له وبه يملك لذلك لا للنيابة والحاصل ان الحيازة اذا كانت مملوكة
المستاجر كان ما يفيدها ملكا له وهذا هو المراد من كونه حيازة بمنزلة حيازة
الا ان تمنع الملازمة بين ملكية العمل وملكية فائدته كما هو مبنى ايراده فان ما يملكه
العامل يخلو ملك من عمله وان كان نفس العمل مملوكا كالغير ولذا قلنا بضمان الضامن
الثانى الغاصب فى المسئلة السابقة لاجرة المثل المستاجر الاول حيث ان الاجير
لما عمل المستاجر عليه للمستاجر الثانى الغاصب ملك فائدته ولزمه الاجرة
علة لان الاجير اذا احاز لنفسه ملك الفائدة وان كان غاصبا للعمل المملوك
للمستاجر قلت لا يخفى ان هذا الكلام لا محصل له اذ لا معنى لكون العمل مملوكا
لشخص ودخول فائدته فى ملك غيره فاذا فرضنا الحيازة ملكا للغير الحائز لم يكن بد
من الالتزام بكون المحوز ملكا له وان كان لا بد من المنع من ذلك فالمنع كونها
ملكا للمستاجر اذا اوجدها لنفسه حتى يمكن منع دخول المحوز فى ملكه واما مع الا
عتراف بانها مملوكة للمستاجر مطلقا اى قصد وجودها فلا سبيل الى المنع دخول
فائدتها فى ملكه والاستشهاد بضمان المستاجر الثانى فى المسئلة السابقة

عنوان الكلام النيابة

دعواه فلا نفهم وجهه اذ ليس في كلامه دلالة على تملكه لفائدة العمل لانه مما من على كل حال ملك الفائدة ام لا حيث التفتنا بالاستنكار وليس كل من يحسن ملاه بلا فرق يملكه قبل القراءة والمماثل انا نقول بان الحيازة سبب للملك من غير حاجة الى قصد التملك ومع ذلك نقول اذا كان اجيرا في خصوص الحيازة اي جميع منافعه الشامل لها وقعت الحيازة للمستاجر مطلقا قصد ما له او لنفسه كما اوجد الاجير على الخياطة لنفسه وملاحظة حيازة العبد وعدم اختلاف الحال باختلاف قصده اقوى شاهد على المدعى وليس من جهة انه لا يقدر على شيء حيث يدل على ان قصده ما في الشرع لا يوثر في شيء لان عدم قدرته انما هو في ايجاد الاسباب لا في ايجاد لو ضوء الخارجية فاذا املكنا ان قصد العمل لغيره انما يوجب صرف الفائدة وعلى الحول لنظر الى كونه بمنزلة تسليم مال المختص الى غيره الزم القول به فيما لو عمل العبد المولى فان قلت اذا جعل الشارع الحيازة نفسها سببا لتملك الحائز كيف يعقل كونها سببا لملك المستاجر وكيف يجوز الاستيجار عليها مع كونه غير مشروع قلت انما جعلها الشارع سببا للتملك لان الحيازة [illegible] من [illegible] وبعد ما صار ملكا للغير كان مقتضى سببيتها التملك بمجرد الحوز ملكا لذلك الغير والحاصل انه اذا كان اجير الحيازة للمالك دخل المحوز في ملك المستاجر ولو قصد لنفسه مطلقا على القول بعدم توقف سببية الحيازة للملك على القصد واما على القول بالتوقف فلا كلام في صحة الاستيجار للحيازة وانما الكلام في دخول المحوز في ملكه او في ملك المستاجر بمجرد وجوده منه ولو نوى الخلاف وقد عرفت في التحقيق المنسوب الى الاستاد انه اذا حاز لنفسه دخل المحوز في ملكه لا في ملك المستاجر على القولين واما على القول بعدم الاشتراط فواضح لاقتضاء السببية المطلقة واما على القول بالاشتراط فاوضح اذ معناه تبعية ملك المحوز للقصد فاذا قصد لنفسه لا للمستاجر دخل في ملكه لا في ملك المستاجر وصرح بعض مشايخنا

جائز من جهة ... شخص فكانه جعلها سببا للتملك

قوله

قوله في كلام المقدس بانه يصير ملكا للمستاجر وان نوى الخلاف وما بين القولين قلت قد عرفت الجواب عن السببية المطلقة وانها لا ينافي وقوع الحيازة لها المستاجر والتبعية [illegible] الحائز على القول بالاشتراط وفيها تامل بعد ما عرفت من اعتبار قصد المحيز [illegible] اعتبار قصد المستاجر اى مالك الحيازة لا قصد الحائز فيكون قصد المستاجر اذا ملك الحيازة بالاجارة عليها ولا بالنفع الحاصل للحائز على القول بالاشتراط لا الالتفات الى نية العبد نظيره من جميع ما ذكرنا ان الاجير الذي صار حيازته مملوكة للمستاجر انما صار بعد المحوز ملك المستاجر مطلقا قصد ما له او لنفسه فانا نرى نسبة الحيازة بالاقسام الثلثة التملك لم لا اختلاف بين المسالك وحكى الروضة وربما عزى الى المحققين نعم الذي انها لا تقبل النيابة فلا مساس لها بالمقام فالمد المغصل المعزى الى الثانية من جواز الاستيجار عليها دون التوكيل حسن وان [illegible] به المسئلة الثالثة ان يعمل الغير بعض الملة [illegible] فيها [illegible] الاقسام الثلثة المذكورة في المسئلة الثانية كما بالحصول [illegible] اكلها مثال المستاجر العارض فسخ عقد الا انا مثنا كالاي جوابهم وحكم الفسخ والامضاء ما عرفت حرفا بحرف وهاهنا فسخ عقد نفسه في الماضي خاصة وجهان اقواهما العدم كما في القبض في المبيع كذا في جواهر الكلام وفيه ان كل المعقود عليه سواء كان [illegible] كله او بعضه بسبب الانفساخ لعموم الادلة والفتاوى ولم يحد من فصل بينهما بل في بعض الاشكال في علم [illegible] في القواعد وعن الايضاح والمحقق الثاني النظر والاشكال في خيار المستاجر في تلك خاصة اذا غصب الاجنبي العين المستاجرة ثم رده في اثناء المدة وعن المحقق الثاني انه ليس له ذلك لانه يتبعض تبعض الصفقة على الموجر وهو خلاف مقتضى العقد فاما ان ينفسخ في الكل او ينفسخ في الكل لكن الحكم عن المحقق الثاني بقوة

الحيلولة اذا كان الغاصب هو المؤجر دون الاجنبي نظرا الى ان البعض الذي يلزم المؤجر
جا من قبله لانه على غاصب الجعل فعليه تحمل ضرر التبعض وعنه [illegible] ومن
الحلات في اوامر [illegible] الارض انه لو سكن المؤجر [illegible] بعض المدة ثم ردها
الى المستاجر تخير في فسخ الاجارة في المدة الماضية او امضائها في الكل وانت خبير بان الفرق بين غصب
المؤجر وغصب الاجنبي في الحيلولة في الماضي غير واضح ما استند اليه في غصب المؤجر
بانه غاصب على فعله تحمل ضرر التبعض لا ينهض دليلا على خيار المستاجر في الفسخ
في خصوص الماضي [illegible] دليل ينفيه وليس [illegible] سببا [illegible]
بل على جواز [illegible] في صورة الاتلاف كما مر [illegible] فسخ العقد في البعض التالف [illegible]
المستاجر بل لا بد من تلفيق خيار التبعض في القدر الباقي الذي تسلم العين فيه وهذا
بعينه جار اذا كان الغاصب غير المؤجر ولو قيل ان تلف العين ليس سببا للانفساخ
بل لا بد من تلف الكل الزمان لا يكون لخيار اصلا حتى في فسخ الكل اذ لا موجب للخيار الا
التبعض الذي كان موقوفا على انفساخه في البعض فاذا قلنا بعدم انفساخه
في البعض لم يكن له على المؤجر سوى اجرة المثل ويكون العقد لازما [illegible] ولا
في تسلطه على الفسخ في البعض كما يظهر له وجه وكانهم اعتمدوا في ثبوت الخيار هنا
على غير ما ذكرنا كقاعدة الضرر ونحوها فانه يقتصر فيه على القدر الذي يندفع
به الضرر للمستاجر وهو اما فسخ الكل او امضاء الكل وهو حسن على هذا التقدير
لكنهم اختاروا في نحو المقام ما يتحقق فيه التلف بسبب الاتلاف من المؤجر والاجنبي
مستندا الى اجتماع السببين سبب تضمين المتلف للاجرة وسبب انفساخ العقد
وهو التلف الموجود في ضمن الاتلاف كما لو اتلف الكل بان استوفى العمل المعقود
عليه تمام المدة لا الى تمام [illegible] الضرر ومقتضى استناد الخيار الى اجتماع السببين
اعني تسلط المؤجر على اعمال ايهما شاء وانه اذا اختار اعمال قاعدة التلف انفسخ

العقد

العقد في البعض الماضي خاصة لاختصاص التلف به ومقتضى انفساخه في البعض تبعض
الصفقة على المستاجر والمؤجر لا الاجنبي [illegible] ما لو عمل الغير عمل المستحق
عليه بالخصوص كما لو استاجر على الخياطة فعمل لغيره الكتابة وحكمه ان له الخيار في فسخ عقد
نفسه كما مر لما مر وله الامضاء والرجوع الى الاجير باجرة المثل العمل الفائت دون العامل
الذي استوفاه الغير لانه لم يكن مملوكا له وليس له سلطنة على العمل المحكم رجوع الاجير
اليه يعرف مما مر من غير فرق [illegible] الاجارة الثانية وجهان ينشآن من منافاتها
لصحة الاجارة الاولى لاستحالة الجمع بينهما فتبطل لسبق الاولى ومن ان غاية ما يترتب
عليها [illegible] تحريم الاجارة الثانية وهو لا يقتضي الفساد كما ياتي تحقيقه في الاجير
المشترك اذا اجار نفسه لآخر ومع مطالبة المستاجر الاول فورا [illegible] شيئان احدهما
انه اذا كان جميع منافعها مملوكة بالاجارة فعمل لغيره عملا كان للمستاجر تتبع مصلحته
في مطالبة اجرة المثل اعلى منافعه فلو كان الذي استوفاه الغير ادنى [illegible] تضمين
[illegible] وله [illegible] تضمينهما معا اذا كانت ممكنة الاجتماع فاذا اراد تضمين غيرها
لم يرجع الا الى الاجير كما عرفت انفا وليس له الا احدى المنافع المستوفاة الثاني ان حكم العبد
حكم الحر فيما ذكرنا لكن المولى هو المطالب بالاجرة دون العبد كما عن المحقق الثاني وهو
مع مباشرة المولى للاجارة العبد ثانيا دون العبد له وجه واما مع عدمها ففيه
اشكال لعدم ما يقتضي ضمان المولى بل [illegible] ضمان العبد يتبع بعد العتق [illegible]
وقت فيه مع المباشرة [illegible] كانه في ذلك كالاجنبي بعد انقطاع سلطنته على العبد بالاجارة
الاولى فيكون مباشرة للاجارة ثانيا كمباشرة الاجنبي التي لا يترتب عليها ضمان بلا اشكال
نعم لو اكرهه او الجاه الجاء الرجوع اليه تقربا بالمسبب على المباشر هذا كله في الاجير
الخاص ومما ذكرنا يعرف الحال في ساير الفروع ولو كان الاجير مشتركا جاز [illegible]
بلا خلاف الا مع ضيق الوقت ومع مطالبة المستاجر وهو الذي يستاجر العمل بوجه عن

الا خاصة دون المباشرة كالامر المبسوط وغيره او من المباشرة او غيرها كالامر بجمع المقاصد والمسالك وغيرهما اذ الذي يستعمل اما مطلق معين او الضمان مطلق مضبوط بغير تعيين مباشرة او غيره كالامر الثاني والذي يستاجر لعمل في الذمة كالامر بانشاء الخطبة والتذكرة والذي يعمل عملا معلوما في زمن معين او مع تعيين المباشرة كالامر بجمع البرهان او غير ذلك مما يرجع الى بعضها معين عنه ومحصل الكل ان المشترك كما يعم الموصوف الكلي والخاص كما يعم العمل الجزئي واشار الى تعريفه لانه بالجمع بين الكلي والمعين في وصفه الزمان الى صورة زيادة عن العمل كالواجر على خياطة هذا الثوب في هذه السنة وفي بعض الاخبار تفسيره بانه الذي يعمل لهم كذلك وكذا وهو اوفق لفظا وانكان بمنزلة الاجير عرفت الحد ويستفاد منه ان المقسم الاجير القسمين كان معهودا في السابق ولو فات الوقت لم يجز له العمل اذا لم يكن بعقد اجارة ونحوها من العقود اللازمة بشرط او مع بلا خلاف ولا اشكال وفي حكم الوطالب المستاجر وبما يتوقف عليه بعض مشايخنا ان اطلاق العقد يدل على حسب مقتضاه وهو عدم العمل وليس هو كالدين في وجوب تعجيله عند الامكان والمطالبة وهل يجب عليه المبادرة مع عدم المطالبة قال الشهيد ثم فرع عليه بطلان الاجارة الثانية انكانت منافيا للاجارة الاولى واستشهد له بما في يجمع من عدم صحة الاجارة الثانية مع اتحاد زمان الايقاع حقيقة او حكما كما لو اطلق فيهما او عين في واحد منهما الاولى كذا نقله في الروضة ثم خالفه وهو الحق لعدم الدليل عليها ولو قلنا بان الامر يقتضي الفور لان المامور به هنا الوفاء بالعقد والوفاء به عبارة عن الالتزام بمقتضاه ومضمونه النقل والانتقال ودخول منفعة كلية في ملك المستاجر على ذمته لا جبر كالدين الثابت في الذمم واما وجوب ايصاله فورا ولو لم يطالب فليس مما يترتب على الوفاء به الا على القول بوجوب اداء الدين قبل المطالبة وضعفه واضح فورا

وثالثها انه يظهر ان منع الفورية هنا ليس متوقفا على منع دلالة الامر كما يوهمه الروضة ثم على تقدير وجوب الفورية يتطرق المنع الى ما ذكراه من ان الحكم بفساد الاجارة الثانية في صورة المنافاة اذ لا دليل عليه سوى وجوه كلها سخيفة احدها ان الامر بالشيء يقتضي النهي عن ضده الخاص وثانيها بان النهي في المعاملة لا يقتضي الفساد والاولى لا تشتمل على الاول ولا الثاني الا مع [illegible] الاجير عنها بل لا يجب عليه وثالثها ان الاجارة الثانية منافية للاولى يلزم منها [illegible] الشارع بالزام الوفاء بها مع ايجاب الوفاء بالاولى فورا ويدفعه ان لا مانع عن ايجاب الوفاء بالثانية وعدم فوريته وجوب الوفاء بالاولى تدور بوجود الاجارة الثانية المزاحم حق المستاجر الاول وحق للمستاجر الثاني فيرجع الى ما يقتضيه القواعد من التخيير او القرعة لان صحة الاجارة الثانية قاضية حق المستاجر الثاني [illegible] في ذمة الاجير وبعد ثبوته لزمه المزاحمة مع حق المستاجر الاول وربما يتوهم من لزوم الدور لتوقف صحة الاجارة الثانية على زوال الفورية المتوقف على الصحة مدفوعة بمنع التوقف في جانب الصحة لانها مستلزمة لزوال الفورية لا انها متوقفة عليه غاية الامر كون الاجارة الثانية محرمة لكونها مفوتة للواجب الاول وهو لا ينافي الصحة كحرمة البيع وقت النداء وتحقيقها ان فورية الوفاء بالاولى مشروط بالقدرة وبعد وقوع الاجارة الثانية يمنع وجوب الوفاء بها فورا لمكان المزاحمة وهذا نظير الوفاء بالدين بما يملكه مع مطالبة الداين كان البيع وان كان حراما للتفويت حق البايع الا انه صحيح موجب لسقوط مطالبة الدين فورا لارتفاع [illegible] والاصل في ذلك ان التكليف بالنسبة الى القدرة دائما مشروط بدوامها وجودا وعدما وانكان الانعدام بعد الوجود محرما لانه يوجب سقوط التكليف المشروط به فالاجارة الثانية لا مانع من صحتها وانفاذها

شارع لهاذا المانع استلزام الصحة تكليف الاجير بالضدين فى ان واحد وهو
غير لازم بل المقتضى لصحتها التى لا تعلق حق الاجير الاول ولا استحالة فى
اجتماع الحقين لان الحاكم فيه عند المزاحمة التخيير او الترجيح وان كان احدهما قبل
وجود الاخر شغل الاختصاص نعم لو كان مقتضيا الامر بالضد مع بقاء الامر المتعلق
بالاخر بعد العقد كان لمضادة فيهما متنعا من غير فرق بين ان يكون مقتضيا
ام اعتبار التخيير بلا لان الامر باحد الضدين سواء كان تعيينيا او تخييريا يمنع
من ملازمتنا ولو كان وجوده سابقا الوجوب العينى الثابت للاول فانه
الثانى ملزم عن امتثاله يجوز تملكه او تقديمه لا بنحو فى نهار البيع وقت النداء
الكان محرما وثانيها ان الاجارة الاولى احدثت حقا للمستاجر الاول على الاجير و
مقتضاه عدم تاثير الاسباب فى تعلق حق اخر يوجب بطلان الاول على الاجير كالرهن
ان تحقق تعلقه بعين من اعيان ماله فانه يمنع عن تاثير سائر الاسباب
ونحو ذلك وجوابه ما عرفت انفا من انا لا نقتضى عنها ونحن نعلم انه
لا امتناع فى اجتماع الحقين متفرقة لاشخاص واحد بل هو امر سائغ سواء كان فى
الاداء بينها مزاحمة ام لا اذ انما الممنوع اجتماعهما فى عين شخص كما فى مثال
المذكور بل قد يجتمع فى العين الخارجى ايضا اذا تعلقهما به لا من حيث
الخصوصية بل من حيث عنوان مشترك قابل للصدق عليها وعلى غيرها كمال
المفلس فانه متعلق لحق الديان لكن لا اشتغال ذمته ايضا قبل الحجر وما ذاك
لان ماله انما تعلق به حقوقهم من حيث عنوان المالية القابلة للصدق عليه وعلى
وله ايضا المنع ولا ينافيه تعلق حقوقهم به لان اله كما ظهر انه فى الوجه الثانى
ايضا ان عمل تغير المستاجر الاول مع المطالبة حرام فيكون الاجارة
الثانية باطلة لان شرط المنفعة ان يكون محللة وفيه ما مر فى الوجه الاول

من المنع

من المنع لان الامر بالشىء يقتضى النهى عن الضد العام دون الخاص وهذه من
ثمرات تلك المسئلة مع ان النهى العبدى لا يقتضى فساد المعاملة فانهم لا منافاة
فى حرمة السبب اى الاجارة الثانية لتفويت حق المستاجر الاول وما حرمة
العمل فلا وبما ذكرنا ظهر فساد ما فى الرياض حيث قال انه يجوز للاجير
استيذان بعض اجير الا فى صورة المنافات ومثل لها بالراستابه
ما دام عمره فانه اراد بعدم الجواز الفساد كما عن الشهيد ره فى كلامه
المذكور فقد ظهر ضعفه واذا ظهر ذلك على البيان الذى قررنا فان
اراد حرمة العمل فقد عرفت ضعفه وان اراد حرمة الاجارة فهو
لكن لبعض مشايخنا مناقشة فى صحة الاجارة ما دام العمل للغير
انه غير متمكن من العمل الثانى شرعا وشرط العمل ان يكون مقدورا
على مسئلة الضد وقد ظهر جوابه كما هو فى محله لانه يرجع الى المثال
ولا فاصل الحكم وهو عدم جواز الاجارة فى صورة المنافات مما لا اشكال
فيه وظهر مما ذكرنا حكم اجارة الاجير الخاص اذا كان اجيرا
فى منفعة خاصة واجر نفسها غير المستاجر الاول فى غيرها فانها صحيحة
وان كانت محرمة وكذا حكم اجارة المشترك فى ضيق الوقت حكم غيره من
صور المنافات فان الحكم فى الجميع واحد وعن بعض الفرق بين
ضيق الوقت وغيره نظرا الى تعيين العمل الذى كان فى ذمة الاجير حال
الضيق فى الفرد المصادف له فيكون كعمل الاجير الخاص فى كونه
ملكا للغير وكون العقد الواقع عليه فضوليا وهذا نظير قول من قال
بان القضاء فى القضاء الفوات سفرا وحضرا ابتناء على تشخيص القدر
المشترك بين اجزاء الوقت الموسع فى خصوص الفرد المصادف لاخره

الوقت فيجب في القضاء ملاحظة القدر المشترك بين التمام والقصر
والقصر ويدفعه انه لا دليل على تشخص الكلي باعتبار الضيق في خصوص
الفرد الشخصي لاجل العقل الغير المؤثر في فضولية الاجارة ولا في مسئلة
القضاء لان انحصار الكلي في الفرد لا يوجب انتقال الحكم المتعلق به الى
فرده بل هو باق عليه وتحصيل العقل بايجاد الفرد المنحصر مقدمة فمقتضى
القاعدة اختيار المكلف في القضاء بين القصر والاتمام الا ان يقوم دليل
على خلافه هذا كله فيما يرجع الى الاجير واما ما يرجع [illegible] فقد عرفت ان الا
قسام ثلثة لانها اما مجردة عن المباشرة خاصة او عن المدة كذلك
او عنهما وعلى التقادير فالاجارة الثانية [illegible] لا تخلو عن الثلثة
فهذه تسعة صور ويتلوها ما لو صار اجيرا خاصا لغير المستاجر الاول
فههنا صور الاولى ان تكون الاولى والثانية مجردتين عن المباشرة
خاصة وهنا لا يسقط سقوط حق مطالبة احدهما لعدم المزاحمة
فعلى الاجير العمل لكل منهما فورا بنفسه او بغيره فلو لم يفعل اجبر
عليه ولو مضت المدة فان كانت مذكورة على جهة الشرطية تسلط
المستاجر على الفسخ فان فسخ والا طالبه بالعمل او البدل عليه اجرة المثل
وان كانت قيدا او جزءا مقوما للعمل كان [illegible] مخيرا او كما قيل هنا بالانفساخ
لان العوض قبل القبض مضمون عليه وفيه ان هذا التلف لا كالتلف فيأتي فيه
خيار اعمال السببين فان فسخ فهو والا الزمه بالاجرة دون العمل الثانية
ان تكون الاولى مجردة عن المباشرة والثانية مجردة عن المدة وهذا ايضا مزاحمة فلكل
منهما مطالبة حقه فورا فيعمل للاول بغيره وللثاني بنفسه فان لم يعمل حتى فات المدة فالحكم كما عرفت
من التفصيل بين جهة الشرطية والجزئية لكنه مختص [illegible] الاول واما الثاني فليس له الا الاجبار لعدم

المدة ولو تعذر الاجبار ثبت الخيار لتعذر التسليم بناء على جريانه بالعذر الناشئ
من عصيان العاقد وفيه كلام وان كان الاوفق بالقواعد ثبوت الخيار دفعا للضرر
الثالثة ان يكون الثانية مجردة عنهما ويعرف حكمها مما ذكرنا [illegible] تكون
الاولى مجردة عن المدة والثانية مجردة عن المباشرة وهنا [illegible] لا مزاحمة فلكل
منهما مطالبة عمله فورا ولو لم يفعل للثاني حتى مضت مدة الاجارة [illegible] حكمه كما عرفته
ان يكون الثانية [illegible] مجردة عن المدة [illegible] عن المدة وهنا تزاحم الحقان فان تراضيا بالتقدم
والتاخير فلا اشكال وان تشاحا تخير الاجير في تقديم ما شاء ويحتمل قويا القرعة ويرجح
هو الاول لان التعيين في جهات وفاء الدين بيد المديون وليس [illegible] الحقوق
على المنافع المشتركة ونحوهما مما يشاء من التقسيم فيه الفساد فيجب القرعة واذا تمم
احدهما كان للاخر الخيار ودفع الضرر الصبر على التاخير وليس التاخير هنا كالتاخير
عصيانا حتى يدفع بالاجبار لانه حكم شرعي ملزوم للضرر فيدفع بالخيار فافهم [illegible]
الى بقية الصور [illegible] فيها المزاحمة ويعرف حكمها مما ذكرنا وتلاحظ [illegible] فوات العمل
المدة [illegible] ويعرف حكمه [illegible] مما ذكر هذا كله اذا كان [illegible] اجيرا مشتركا للثاني ولو
صار اجيرا خاصا بان اجر نفسه لغير المستاجر الاول مدة معينة لعمل مستغرق
لها او لجميع المنافع وقع المزاحمة بين العقدين في صفة [illegible] العمل الاول من المدة
[illegible] حق المستاجر الثاني لانه بالاجارة فوت العمل على المستاجر الاول حيث ملك
جميع منافعه الثاني كبيع المديون ما يملكه من غير الدائن فان حق المشتري [illegible]
على حق الداين متعلقة بالعين فلو عمل للاول والحال هذه كان فضوليا
مستاجرا الى اجازة الثاني [illegible] للاول الرجوع الى الاجير بالمسمى او اجرة المثل [illegible]
ولا فرق [illegible] العام [illegible] بلا
خلاف ولا اشكال كما تقدم سابقا واستدل عليه باوفوا بالعقود [illegible]

مقتضى العقد دخول كل من العوضين في ملك المتعاقدين وفيه ان هذا يتوقف على قابلية العوض لذلك ففي طرف الاجارة لا اشكال واما المنفعة فقد يقال كما عن ابي حنيفة وبعض من يماثله انها غير قابلة له بعد وجودها فيستحيل عروض صفة الملك لها قبل الوجود وبعد الوجود يدخل في ملك الموجر شيئا فشيئا وينتقل منه الى المستاجر ولازمه عدم دخول الاجرة في ملك الموجر الا حال دخول المنفعة ملك المستاجر لانه قضية المعاوضة وحيث ان وجود المنفعة تدريجي لزمان يكون تملك كل منهما تدريجيا فيدخل كل من الاجرة في ملك الموجر بمقدار ما يدخل من المنفعة للمتملك قبل وجودها ان الاجارة توجب حقا ماليا للمستاجر في العين وان لم يكن ملكا فلا مانع من كون مفاد الاجارة بذل للحق ان الحقوق قابلة للنقل والانتقال ما بيانا وبعوض فتدخل الاجرة في ملك الموجر فعلا بازاء الحق الذي استحقه المستاجر فعلا ومحصله انه يملك ان يملك شيئا بالفعل لكن مقتضاه دخول الاجرة في ملك الموجر فعلا فما عنه من عدم دخولها في ملكه الا بعد وجود المنفعة تدريجا وانتقالها من ملك الموجر الى ملك المستاجر لان مقتضى المقابلة جهل لو تجاهل هذا على تقدير قبول المبنى ورده الا انه لا ينتفي والحل اما الاول فلان المنفعة لو لم يكن قابلة للتملك فكيف ينقلها الموجر وكيف يتعلق صحة الاجارة التي مفادها تمليك المنفعة بعوض واما الثاني فبوجهين احدهما ان الملكية وان كانت من الاعراض المحتاجة الى محل موجود الا انها امر اعتباري انتزاعي من الاسباب الشرعية والعرفية فيمكن عروضها للمعدوم اذا كان له قابلية الوجود فيكون له بمنزلة الموجود واما ثانيا ان الملكية عبارة عن سلطنة الانتفاع بشيء او بدله وهذا المعنى ثابت للمنافع نحو ثبوته للاعيان فان اراد بالملكية الممنوع ثبوتها للمنافع

غير هذا المعنى فنحن نقول به وان اراد بها تلك السلطنة فالاستدلال به على المنع من امتناع عروضها للمعدوم ممنوع وان اراد ان هذا لا يتم لمانع وضوح فساده لخلو الشيء من الالتزام به لكون النزاع ح لفظيا مع انه لا ثمرة للنزاع عملا الا اذا قلنا بان الاجرة ايضا لا تدخل في ملك الموجر تبعا لعدم دخول المنفعة في ملك المستاجر فيظهر الثمرة ح في نماء الاجرة كما لا يخفى وقد عرفت انه لا ملازمة بينهما لامكان التفكيك بدعوى دخولها في ملك الموجر على كل حال ولو لم نقل بصيرورة المنفعة ملكا للمستاجر بعد العقد اذ يكفي في استحقاق الموجر لها مقابلتها الحق الحالي الذي يحدث له بسبب العقد وهل يشترط اتصال مدة الاجارة بالعقد قيل نعم كما عن الخلاف والمبسوط والنقي في محكي الكافي وقيل لا كما عن الكل او الجل بل في محكي كون نسبة الصحة مع الانفصال الى علمائنا وسبقه الحلي في محكي السرائر حيث صرح بان قول الشيخ ليس لاحد من اصحابنا واستدل الشيخ بالاصل وابو الصلاح بعدم القدرة على التسليم وان العقود الانشائيات علل للاحكام فيلزم الاتصال لئلا يلزم تخلف المعلول عن العلة والجواب عن الاولين واضح وعن الثالث ان الزمان في المنفعة يصح اعتباره جزءا فكل زمان ذكر في الاجارة دخل في ملك المستاجر فعلا بعد العقد وان تاخر زمان المملوك فالمعلول وهو الملكية الحادثة بحدوث العقد لم يتخلف عن العلة وقد يستدل للرابع باقتضاء الانفصال التعليق في الاجارة وجوابه كما ترى وقد يستدل بما عن التنقيح والمسالك من ان العقد يقتضي استحقاق التسليم بعده فيكون الانفصال منافيا لمقتضى العقد وفيه ان استحقاق التسليم من مقتضيات اطلاق العقد لا ماهيته فيصح اشتراط الانفصال هذا على مذاق القوم واما على طريقتنا من عدم الفرق بين منافي الاطلاق ومقتضى الماهية في الفساد كما سبق في اوائل الكتاب فالجواب ان الزمان اخذ جزءا للمنفعة واذا اشترط الانفصال كان الذي يدخل في ملك المستاجر هو العمل في الزمان المذكور دون غيره واستدل للمشهور بعض العمومات نحو الاخبار الواردة

في المتعة الدالة على الصحة مع شرط الانفصال المنجز ضعف اسانيدها او سند بعضها
بالعلل والمتمتع بها لعينها جزاً او بان شرط الاتصال يقتضي عموم لان كل واحد من الاجزاء
التي اشتمل عليها مدة الاجارة ليس متصلا استدل به في محكي المختلف والمسالك ورد
بان الجزء المنفصل متصل فكان مستقلا بحيث لا امكان وفيه ان عدم امكان الشرط لا
يوجب سقوطه بل تقتضي فساد المشروط فلو قلنا باشتراط الاتصال لزم فساد عقد
المنفعة بالزمان مطلقا متصلا كان او منفصلا اذ دققنا النظر لاستحالة الجزء الذي
لا يتجزى وان احلناه الى العرف وجعلنا اليوم او الاسبوع او الشهر او السنة و
نحوها شيئا واحدا بسيطا غير مركب من الاجزاء عرفا لزم الاقتصار في الصحة على
المدة المتصلة فيلزم تبعض العقد كما لو قبض بعض المبيع او الثمن فيما يتوقف
صحته على القبض قضاء للشرطية وعلى القول بالاشتراط لو اطلق وقال اجرتك
شهرا قيل لو بطلت كما عن المختلف والمسالك والمفاتيح ومجمع البرهان والكفاية لا
ان يكون هناك عرف يقتضي الاتصال والا فالعقد بنفسه لا يدل عليه وقيل الاطلاق
يقتضي الاتصال وهو اشبه عند الله بل عن الجل واستدل عليه بالتبادر العرفي وبان
عدم تعيين المدة دليل على ارادة الاتصال وبان ارادة الانفصال توجب فساد العقد
فيحمل على الاتصال لاصالة الصحة ولعموم ما دل على الصحة مع الاطلاق في المتعة وفي الكل
نظر لمنع التبادر العرفي الا في بعض المقامات الذي لا كلام فيه لدخوله في المستثنى ومنه
يظهر منع الثاني ايضا واصالة الصحة لا نظر لها بارادة المتكلم حتى ينهض قرينة صارفة
او معينة لها بل حكم تعبدي شرعي نعم لو دار الامر بين الغلط والصحيح لم يبعد الاعتماد
على اصل الصحيح في استكشاف المراد نظرا الى ظهور حال المتكلم في الاحتراز عن
الغلط كما قيل وان كان فيه ايضا تامل وما يتراءى من الفقهاء في بعض المقامات
من الاعتماد عليها في تعيين المراد كالواو في نحو بعود مشترك بين آلة اللهو وغيره فحمله

على الوجه

على الوجه المحلل دون ما لو قال دققت الى مستحبة لدوران بين ارادة الوقف الفاسد والحبس
الصحيح على ما زعم بعضهم حيث حمله على الحبس لاصالة الصحة انما دخل في المستثنى او في
قاعدة اخرى ولتحقيق المقام مقام اخر واما فحوى اخبار المتعة ففيها ايضا نظر بيننا من الفرق
بين المقامين في صورة النص على الانفصال فانه يجوز في المتعة كما عرفت والمفروض المنع عدم
الجواز فكيف يقاس حال الاطلاق في المقام بحاله في المتعة بعد اختلافهما في القيد صحة و
فسادا والحاصل انه بعد فرض صحة التصريح بالانفصال لا مانع من صحة الاطلاق بل لا
وجه لفساده كما لا يخفى واما بعد فرض الفساد مع التصريح فالقاعدة قاضية بفساد الا
طلاق ايضا فظهر مما ذكرنا ان الاقوى بناء على اعتبار الاتصال هو الاول فيحكم بالفساد
الا مع قيام العرف على الاتصال كما لا يبعد دعواه في ايام الحج نظرا الى فوريته شرعا فيستفاد
بشهادة حال المستاجر السنة الاولى بعد الاجارة واما اجير الصلوة والصوم فان قلنا
انه يجب على الولي التعجيل والفورية نظرا الى شهادة حال الميت فكذلك والا فلا ثم لا يخفى
ان قول الماتن ولو عين شهرا متاخرا عن العقد قيل يبطل والوجه الجواز بعد المتن
المذكور تكرار بلا طائل ومن هنا احتمل بعض كون المراد بالاتصال في العبارة الاولى
هو تعيين المدة بالاتصال فمعنى قوله هل يشترط بالاتصال اذا يكفي الاطلاق لا
نصرافه الى المتصل فلا جهالة ويؤيده ان الشيخ مخالف في المسئلتين حيث قال بالفساد
مع التصريح بالانفصال وحكم الاطلاق فيكون كل واحدة من العبارتين اشارة الى الخلاف
في كل واحد من المسئلتين ويؤيده ايضا ما عن التنقيح من الاستدلال للشيخ في المسئلة
الثانية لعدم التعيين فانه مبني على ان الوجه في بطلان الاطلاق وهو الغرور والجهالة
فكيف يحمل عليه قوله هل يشترط قلنا وجه الاشكال هو التامل في الصغرى وان في اطلاق
شهر مثلا جهالة ام لا الاشكال في اصل اعتبار تعيين المدة لكن يضعفه مضافا الى
خروجه عن صريح العبارة القاضي باشتراط الاتصال لا اشتراط التعيين او ظاهر الشيخ

انه يجب تعيين المدة فذكر انه يقال
لو كان الاجرة شهرا من غير تعيين الشهر لطل للجهالة لعدم الاتصال

لو دات شرط الاتصال الذي بني عليه الشيخ للاحصار قال لانه لا ادم للجهالة في تعيين المدة وارتفاع الجهالة

٥

كون مسئلة الثانية اعنى بطلان الاجارة مع الاطلاق متفرعة على المسئلة الاولى لا على ما فهمه
صاحب التنقيح اعنى الجهالة والحاصل ان شرط الاتصال له فائدتان احديهما تعيين الكلى
وارتفاع الجهالة والغرر بناء على كون شهر مثلا مبهما غير متعين والاخرى الاحتراز عن
الانفصال الذى هو مبطل عند الشيخ وحمل العبارة الاولى على الفائدة الاولى انكان ينبغى لما
ذكر الا ان التكرار تكرر علاج للقاصر بلا فساد لفظا ومعنى من وجوه شتى لا يخفى على المتامل
وكيف كان فالامر فى العبارة سهل وانما المهم تحقيق حال تلك المسئلة اعنى صحة الاطلاق
فنقول قد عرفت ان الكل او الجل على خلاف الشيخ فصرحوا بالصحة وعرفت ادلتهم وربما
يستفيدون ايضا من اقوالهم فى تقدير العمل بالزمان وامر ان يستاجر الدابة شهرا من
غير تعيين وكذا ان يستاجر للخياطة كلا او يوما ويشكل ذلك بان فيه الغرر والجهالة
لو اريد بالشهر المفهوم الكلى او الابهام والترديد لو اريد شهرا من شهور هذه السنة
مثلا كالو باع عبدا من هؤلاء العبيد او صاعا من هذه الصياع المتفرقة فيقتضى القول
الفساد ويمكن حمل كلامهم فى المقام على رد الشيخ القائل بعدم الصحة على القول باعتبار
الاتصال فغرضهم ان الاطلاق يغنى عن التصريح بالاتصال على القول باعتباره لا انه يجوز
من غير ارتفاع الجهالة ويؤيده ان من خالف وقال بعدم الكفاية من عرفت استند
الى ان الاطلاق لا يدل على الاتصال لا تباعه العرف فى خصوص المقام فالخلاف
المذكور ناظر الى حيث كفاية الاطلاق فى احراز شرط الاتصال لا مطلقا فان قلت
لو قال اجرتك شهرا واراد به الكلى فهو كبيع الكلى فما الجهالة فيه ولا غرر
لو قال شهرا من شهور هذه السنة فهو كما باع عبدا من هؤلاء العبيد قلت
الكلى لا يجوز تمليكه الا بوصف بما يرفع الجهالة فلو قال بعت رطلا من الحنطة
او الدهن بطل الا مع التوصيف الرافع للجهالة فكذا تمليك سكنى الدار او الخياطة
شهرا منضم للضرر والجهالة نظرا الى اختلاف ماليته سكنى شهر او خياطة شهر

باختلاف

في الصفحة

باختلاف الشهور كما فى جواهر الكلام بين اجارة الدار ونحوها ونحوها من الاعيان وبين
اجارة الاعمال كالخياطة فتعتبر التعيين فى الاولى لما ذكر ولما عن المذكرة من نفى الخلاف فى اعتبار التعيين لها دون الثانية لان مرجع التقدير بالزمان فيها الى التعيين للعمل المتحمل
العمل بالزمان وفيه ان التعيين بالزمان وانكان رافع الجهالة فلا فرق فى الموضعين
والا فلا ودبما وجه بان العمل مستحقا اخر غير الزمان وذكر الزمان معها يرجع الى
اشتراط ادائه فى ضمن افراده كما باع صاعا كليا موصوفا بصفات رافعة للجهالة
واشترط اداءها فى هذه الصبرة المجتمعة والمتفرقة واما منفعة الاعيان فلا مستحق
لها سوى الزمان وفيه ان الجهالة فى الشرط ايضا مبطل على الاشهر الاقوى الا اذا فرض عدم
التفاوت فى مالية الخياطة باختلاف الشهور وح يجوز الاطلاق فى الاعيان ايضا
فاذا فرض عدم الاختلاف مالية سكنى الدار باختلاف الشهور جاز الاطلاق فيها
ايضا والحاصل ان العبرة باختلاف مالية المنفعة باختلاف الساعات او الايام
او الاسبوع او الشهور او السنين وعدمها فان اختلف لم يجز الاطلاق فى الاعمال
ايضا لو حصلت منه المسماة كليا او اشترطت اداؤها فى ضمن افراد محصورة لمكان الغرر و
الجهالة لا تتردد فى مسئلة بيع الصاع من الصبرة والصيعان من جواز بيعه اذا الوصف
كليا واشترط الوفاء فى ضمن الاعيان الخارجية فانما هو اذا ما لم يختلف مالية الصيعان
المشروط اداء الكلى فى ضمن احدها وان لم يختلف المالية جاز فى الاعيان ايضا على الوجهين
نعم لا يجوز الاستيجار على خياطة يوم او شهر مبهم مردد بين ايام الاسبوع او
شهور السنة كما لا يجوز بيع صاع مبهم من الصيعان المتفرقة اذ فرق بين صاع
كلى اشترط تعينه فى ضمن احد الصيعان المتفرقة الخارجية وبين بيع جزئى من
جزئيات خارجية فان الاول يصح دون الثانى على الاشهر فى الموضعين وهنا
ايضا ينبغى ان يكون كذلك فلا بد اولا من ملاحظة اختلاف مالية المنفعة
باختلاف الاوقات وعدمه فان اختلف لم يجز مطلقا سواء لو صلحت المدة كلية

او جزئيه ومع عدم الاختلاف يجوز الاطلاق اذا لم يكن يرجع الى الوقت المسمى الى الفرد المبهم
المردد بين افراد محصورة وتمام التحقيق في موضعه واذا سلم العين المستاجرة ومضت
مدة يمكن استيفاء المنفعة لزمت الاجرة بلا اشكال ولا خلاف سواء استوفى المنفعة
اولا لان العقد بسبب الاستيفاء لها والقبض شرط وقد حصل فلا يتوقف بعده على الاستيفاء
كما في ضمان اليد ويتحقق التسليم بالتخلية ودفع موانع الاستيلاء وايجاد شروط
التخلية كما هو محقق في محله ففي مثل العبد والدواب يتحقق بعرضها على المستاجر وتسليطه
عليها فاذا فعل ذلك استقرت الاجرة عليه ولا يشترط تسلمه وقبضه نعم يشترط مضي
المدة لانه من شروط الاستيلاء في الواقع فلو تلف في اثناء المدة لم يضمن فيما بقي لعدم
استكمال علة ضمانها بالقياس الى القدر الباقي هذا مع صحة عقد الاجارة واما الفا
سدة ففيه تفصيل لانه اما ان قبض العين ام لا فان لم يكن قد قبض فلا ضمان لعدم المقتضي
من العقد واليد وان كان قد قبض بالمعروف مع عدم الاستيفاء ايضا الضمان خلافا
للمحكي عن مختار التحرير ومحتمل التذكرة وبه قال ابو حنيفة خلافا للشافعي وهو غلط
وجبر لان سبب الضمان اما عقد او يد او اتلاف وشيء منها غير موجود هنا اما
الاول فواضح واما الثاني فلان يد المستاجر غير ضامنة ولو كانت الاجارة غير فاسدة
على المتم فكيف يضمن المستاجر المنفعة دون العين واما الاتلاف فهو في المنافع
منحصر في الاستيفاء المفقود في المقام واجيب بان المنفعة مضمونة باليد عليها
لا على العين وفيه انها معدومة غير قابلة للدخول تحت اليد وانما يحكم بضمانها في
الغصب تبعا لليد على العين فاذا كانت اليد عليها غير ضامنة كما في المقام لم يكن
وجه لضمان المنفعة اللهم الا ان يتمسك بقاعدة كل ما يضمن فان صحيح الاجارة
مع قبض العين قاض بالضمان فكذا فاسدها وفيه ما عرفت سابقا في تحقيق القاعدة
من انها غالبية لا دائمية بمعنى توقف الضمان على وجود شيء من اسباب غير الاقدام

الحاصل

اذا لا اقا ... متعين
ومعه ... على ...
... هم

الحاصل بالعقد الفاسد والمسئلة بعد مشكلة هذا هو المشهور واما على القول با
لضمان في الاجارة الفاسدة في العين كما ذهب اليه بعض فلا اشكال هنا في ضمان المنفعة
كما في الغصب على المشهور ويحتمل قويا بل هو المتعين ان يكون التفصيل لتباين ما ...
المبسوط جميعا بمقتضى عادة المص من الاشارة الى الاختلافات الشيخ في الكتاب وهو بين الاجا
المطلقة الواقعة على عين كلية كدابة موصوفة او عبد كذلك فلا يستقر الاجرة لعدم كون
فرد المدفوع منها عين المعقود عليه ولا يكون قبضه محدثه في استقرار الضمان على
المستاجر وبين المعينة الواقعة على دابة جزئية فيستقر ذكره في المسالك احتمالا اخذا
من الشهيد قد في حاشية الشرايع وربما يستدل له بتغيير مقرونة على المص وفيه ان العين
من دون استيفاء المنفعة ان كان كافيا في الجزئي لزم الاكتفاء به في الكلي ايضا لان قبض
الكلي لا يتصور الا بقبض فرده كما في البيع الكلي وان كان حصول القبض في خصوص
الاجارة موقوفا على استيفاء المنفعة التي هي مورد الاجارة لزم عدم الاكتفاء به في الجزئي
ايضا فالفرق تحكم واما احتمال كون التفصيل اشارة الى الفرق بين المعينة فليستوفي
ما عين مدتها فلا يجوز ما مضى زمان صالح لاستيفاء المنفعة لان جميع الازمنة
صالحة للاستيفاء فلا يكون كما لو لم ينقض المدة اصلا كما احتمله ايضا في المسالك
ونقل عن المحقق الثاني وايضاح النافع فهو ايضا ضعيف لان استقرار الضمان
لا يتوقف على الازيد من حصول القبض وامكان الاستيفاء وكلاهما حاصل في القسمين
مضافا الى بعد هذا الاحتمال في العبارة بل امتناعه مع قوله وكذا لو استاجر دارا و
سلمها ومضت المدة ولم يسكن فانه بقرينة تعريف المدة وقرينة المقابلة في غير معينها
في اجارة الدار من تعيين المدة ظاهرا وصريح في معينة الوقت كما ان العبارة الاولى ظاهرة
بشهادة تنكير المدة وقرينة المقابلة في غير معينها وكل من العبد ... مطلقة من حيث كون العين
كلية او جزئية ثم وجه التشبيه يحتمل ان يكون هو استقرار الاجرة فقط وان يكون مجموع ما ذكره

و
شهادة ما
هو المتعارف ...

في المشبه به من التفصيل وهذا هو الظ وح ينبغي ان يكون المراد من التفصيل غير ما على المسوغ انه
لا فرق في معنية الفرق بين كون العين ملكا او جزئيا لوضوح استقرارها بمضي الوقت المسمى له
قبل الاحتمالان معا احدهما بظاهر التشبيه وهو الاحتمال الاول والثاني بقرينة المقابلة و
تعريف لفظ المدة الظاهرين في معنية الوقت كما عرفت بقي احتمال هنا ان ما في مسالك من الاحتما
لات ومختار المحقق الثاني في حاشية الكتاب المنسوب اليه وهو الاشارة الى الفرق بين الحر و
العبد فيستقر في الثاني كما في اجارة الدابة دون الاول نظرا الى كون عدم منافع الحر مضمونة بدون
الاستيفاء وعدم دخوله تحت اليد حتى يكون تسليمه لنفسه بمنزلة الاقباض وهذا ايضا ضعيف
احتمالا ومحتملا اما احتمالا فلان الاجارة والمستاجرة لقلع ضرسه في مضت المدة التي يمكن ايقاع
ذلك فيها فلم يقلعه المستاجر استقرت الاجرة فانه شامل للحر والعبد مع ان العبارة
ولو غير شامل للحر فكيف ياتي فيها التفصيل المذكور واما محتملا فلان غاية ما ينبه
عليه ما قاله في محكي ايضاح النافع قال والتحقيق ان هذا هو تمليك للمنافع فاذا انعمل
باستعمالها من المستاجر لم يضمن او هو كالدين في ذمة الحر فلا يسقط الا بالاستيفاء او
الابراء والاشبه الثاني لان الحر يستحق عليه في ذمته ولا يملك عينه ولا منافعه انتهى وفيه
انه لا اشكال في ان منافعها تملك بالعقد كالعبد وانما الفرق بينهما في صورة الاجارة فان
العبد ملكه ملكا عينا ومنفعة ويضمن باليد كل اسوف منفعته او لا بخلاف الحر فانه
ليس كذلك فلا يضمن منافعه بدون الاستيفاء وعزى الى شيخنا الاستاد العلامة رفع
الله مقامه الفرق بين كون الاجير اجيرا على عمل معين جزئي او عمل كلي فيستقر في الاول دون
الثاني لان الحر يستحق عليه في ذمته ولا يملك عينه الى منافعه انتهى وفيه انه لا اشكال
في ان منافعها تملك بالعقد كالعبد وانما الفرق لان العمل اذا كان جزئيا يكون تسليمه
بتسليم نفسه واما اذا كان كليا فلما يتوقف على وجوده في الخارج فقبل العمل لا يحصل القبض
المعتبر في استقرار الاجرة ووجه الفرق ان الجزئي يصير ملكا للمستاجر بنفس العقد و

ولا معنى لقبض

ولا معنى لقبض العمل المملوك الا بتسليم العامل نفسه وتمكينه للعمل بخلاف العمل الكلي فانه
لا يكون ملكا الا في ضمن الفرد وقبل وجوده يمتنع اقباضه بتسليم نفسه والحاصل ان تسليم
العامل نفسه للعمل انما يقوم مقام الاقباض الموجب لاستقرار الضمان على المستاجر
اذا كان العمل جزئيا او كليا وسواء صار موجودا في الخارج ام لا حتى انه يتعلق به احكام الاموال
من الحقوق والاخماس والاستطاعة لو كان الامتناع من الاستيفاء مع التمكين بمنزلة الاتلاف
كان كذلك في الصورتين والا لم يكن في الجزئي ايضا ولان استقرار الاجرة شرطها وسع من ذلك
فكما يكفي فيه التخلية من الاعيان ولو لم يقبض المستاجر كما مر فكذلك يكفي فيه التمكين للاستيفاء
لقاعدة الضرر ولرواية عقبة من خالد التي فهم منها الاصحاب كفاية التخلية في رفع الضمان عن
البايع حيث حكم فيها بضمان البايع الى ان يقبض المبيع ويخرجه من بيته اذا حضر وسلم التخلية
في الاعيان سوى في نهاية مقدمة لسلطنة المشتري او المستاجر على الاستيفاء الفعلي فالملاك
في استقرار العوض وارتفاع الضمان هو تسلط على المعوض سواء تحقق الاقباض ام لا او
تمكين المستاجر للاستيفاء في الكلي يجري مجرى تعيين ما في الذمة في الفرد الذي لا خلاف يلزم في صورة
معينا اما مع المراجعة الى الحاكم او بدونها على الخلاف وتوضيحه ان حق من القواعد المسلمة بينهم
سلطنة المديون على تعيين ما في ذمته ان ابى الدائن ودليله قاعدة نفي الضرر ولان الصبر
على اشتغال الذمة ضرر وحرج على الناس فلم تفرغ ذممهم ولو امتنع من له الحق وهذا كما ترى
لا اختصاص لها بالاعيان فيجري في المنافع حرفا بحرف كما يتعين المبيع الكلي او الثمن الكلي ونحوهما
من الديون في المفرد باختيار المديون وان امتنع الدائن ولا ريب ان فرد كل شيء بحسبه
وتعيين العمل الكلي في الفرد معناه تعيين المحل والزمان والمكان وغيرهما من الخصوصيات
الموجبة لخروج ذلك العمل الكلي من الابهام الى التشخص وبعد ما صار الكلي جزئيا جرى عليه حكم
العمل الجزئي كما جرى على فرد المبيع الكلي بعد التعيين حكم المبيع الجزئي فالفرق بين العمل الكلي
والعمل الجزئي في مسئلة استقرار الاجرة تحكم غير واضح فلا بد ان يكون نظر المص ومن هو مثله

فى تنافى ما ذكره هنا لما ذكره فى باب الغصب احد الوجهين كالاخيرين او غيرهما مما يظهر بالتأمل ثم فى المقام
امور ينبغى التنبيه عليها منها انه لو استاجر لحمل متاع فدفع الموجر دابته للحمل فامتنع المستاجر
عن الاستيفاء فربما يتوهم او يتوهم دخوله فى المسئلة الاولى اعنى اجارة الاعيان فيكون كما فى
الاستقرار للاجرة وليس كذلك بل هو داخل فى اجارة الاعمال لانه صار اجير العمل فدفع الدابة
مقدمة للايجاد كما لو بذل نفسه لانه لا عمل على كتفه لانه اجود ابه كلية فيأتى فيها الخلاف
المتقدم فى تمكين الحر للعمل ومنها ان من القواعد المقررة المسلمة عندهم سلطنة المديون
على تفريغ ذمته واداء الدائن بلا اشكال ولا خلاف وانما الاشكال فى انه يحتاج الى المراجعة
الى الحاكم مع الامكان ام لا يقتضى القاعدة هو الاول لان تفريغ الذمة يتوقف على تسليم الحق
الى من هو له فان امتنع سقط المباشرة وقام الحاكم مقامه فيكون التسليم اليه بمنزلة التسليم
الى من له الحق فقبل المراجعة الى الحاكم لا دليل على برائة ذمته والضرر يندفع بذلك فيجب جمعا
بين القواعد نعم لو تعذر الرجوع اليه كان يتعين المديون بعد اللازم للمقر هذا فى غير ثمن
للبيع واما فيه فعن ما عن المبسوط والسرائر عدم لزوم الرجوع بل يقوم البائع ويجعله
امانة عنده ووجه الفرق غير ظاهر ربما اعتذر بانهم انما لم يصرحوا بعدم الرجوع اليه
وبين عدم التصريح بالوجوب وكيف كان فلا اشكال ولا خلاف فى انه مع عدم الحاكم
ومن يقوم مقامه من العدول تبرأ ذمة المديون بالتعيين وهل يجب عليه الحفظ
فيه وجوه فعن المسالك انه يخلى بينه وبين الحق ولو تلف لم يكن ضامنا وعن المحقق
الثانى التفصيل بين ما لو طرحه عنده فلا يجب الحفظ وبين ما لو عرضه عليه او اعلمه بالحال
فيجب ويحتمل غير بعيد ان يحمل ما عن المسالك ايضا بصورة الطرح عنده وهذا
هو الحق لاصالة البرائة بل الظاهر عدم الوجوب فى صورة العرض ومجرد الاعلام ايضا
كما هو الحال فى مطلق الامانات الشرعية فان الواجب فيها ليس سوى الاعلام وهو
يكون ايضا فى رفع الضمان وبعد سلطنة المديون على التعيين فى العين يكون المعزول

بمنزلة الامانة

والذي

بمنزلة الامانة الشرعية فعليه الاعلام والعرض فان ابى ذو الحق عن الاخذ والتسليم كان هو
السالب للاحترام عن ماله وربما احتمل ظهور كلماتهم فى عدم الضمان مطلقا ولو فرط فى حفظه
لان الغرض من تشريع العزل رفع الضرر عن العازل فلو وجب عليه الحفظ وضمن بالتفريط
لزم نقض الغرض لكونه اشد ضررا واضيق تكليفا عن الصبر على ما فى الذمة وفيه ما عرفت
من انه بعد العزل يصير كالامانة الشرعية فان امكن الاعلام واعلم سقط عنه وجوب الحفظ
وارتفع عنه الضمان وان لم يكن جرى عليه حكم الامانات الشرعية وعن شيخنا طاب ثراه الجزم
بعدم الضمان لما ذكر مع الميل الى وجوب الحفظ لاحترام مال المسلم وكانه ينظر الى صورة
عدم امكان الاعلام لان عدم الاحترام مع الاعلام انما جاء من قبل المالك هذا كله مع البذل
فلو عزل من غير ان يكون المعزول فى يده فالضمان مرتفع جزما وفى وجوب الحفظ
مع عدم التمكن من الاعلام وجه يجرى فى الاموال الضائعة مطلقا فقد صرح بعض بوجوب
حفظها وفيه اشكال او منع ثم ان انه كالامانة الشرعية لما قيل من بقاء المعزول فى
ملك العازل فان برأ ذمته لعدم الدليل على خروجه عن ملكه بالعزل ولا منافاة بين
بين برائة الذمة لانه مقتضى الجمع بين قاعدة نفى الضرر وبين اصالة عدم خروجه عن
ملك العازل فيكون متعلقا لحق الدائن وكونه ملكا للمديون كتعلق حق المجنى عليه
بالعبد الجانى ويظهر الثمرة فى النماء المنفصل وينقل عن الشهيد التصريح بذلك كما فى عزل زكوة
المال قبل الوصول الى المستحق فيكون فى الدين اولى وربما يظهر من كلامهم على ذلك
فى عزل الزكوة زكوة الفطرة حيث اختلفوا فى سقوط التكليف بعد خروج الوقت فلو
كان العزل بمنزلة الدفع فى صيرورته ملكا للمدفوع اليه لم يتجه الخلاف فى السقوط
فى كونه اداء او قضاء فافهم واذا عرفت ما ذكرنا فى تشخيص الدين الكلى عرفت حكم المنفعة
الكلية لانها ايضا مال كلى فى الذمة يتوقف تعينها على قبض المستحق او من يقوم مقامه
من الحاكم مع الامكان لكن اطلاقهم فى المقام يأبى من ذلك اذا لم اجد قائلا بمراجعة الحاكم

هنا وقد قيل ان الفارق بين الاجارة وغيرها هو اطلاق ادلتها وفيه ان دليل المراجعة الى الحاكم في العين بعينه ات في المنفعة وادلة الاجارة بمعزل عن منافاته فكان عليه ايقاف استقرار الاجرة على تسليم العين للاستيفاء وامتناع المستاجر على المراجعة الى الحاكم ان امكن ثم ان لا فرق بين استقرار الاجرة وبراءة الذمة فان الاول لا يتوقف على تعيين الكلي فضلا عن قبض صاحب الحق بخلاف الثاني فانه يتوقف على التعيين المتوقف على مراجعة الحاكم مع الامكان وبذلك يندفع ايضا ما تقدم من التنافي بين كلامهم في تعيين الدين وكلامهم في تعيين الثمن حيث يقولون في الاول بلزوم المراجعة الى الحاكم دون الثاني لان شرط تسليم المبيع ليس سوى تمكين المشتري لتسلم الثمن وهو لا يتوقف على الرجوع الى الحاكم بخلاف براءة الذمة فانها موقوفة على فعلية التسليم الى من هو له الحق او الى الحاكم مع الامكان و توضيح المقام ان قضية المعاوضة التقابض في التسليم فلا يجب على احد من المتعاقدين التسليم الا بعد قبض العوض او بعد التمكين للقبض كالتخلية فيما لو كان عينا فكما ان التخلية في العين تكفي في حصول ما اقتضته المعاوضة من الاقباض نكل التمكين للقبض في الكلي يكفي ايضا في القبض العارض وان لم يكف في حصول براءة الذمة فاذا سلم الاجير نفسه للعمل او للحمل كفى ذلك في وجوب دفع المبيع عليه من قضية المعاوضة وانه لم يخرج عن نفس الثمن الا بعد التعين والرجوع الى الحاكم ومنها ان المراد بامكان الايقاع في مسئلة قلع الضرس المتقدم وامكان الانتفاع الذي هو سبب استقرار الاجرة ما يعم الشرعي فلو امكن عقلا وامتنع شرعا لم يكف في استقرارها والى هذا يشير قولهم بعد الحكم بالاستقرار في الاستيجار لقلع الضرس بمضي مدة يمكن فيها ايقاع العمل واما لو زال الالم عقيب العقد سقطت الاجرة اراد بران ناخذ الفعل كانها شرط لصحة الاجارة لكنه في الابتداء فهي شرط في الاستدامة فلذا حرم العمل المستاجر عليه بعد العقد قبل مضي زمان يمكن فيه الاستيفاء لزوال الوجع للضرس انفسخت الاجارة من

اصلها

اصلها ولو استاجر شيئا معينا لاشتغاله موصوفا في الذمة فتلف قبل قبضه بطلت الاجارة بلا خلاف علما في جواهر الكلام ناسبا الى المذكرة واستدل عليه بحجي النبوي والخبر الوارد في تلف المبيع قبل القبض ثم قال وظاهر الاصحاب اتحاد الحكم في المقامين وان المنفعة بمنزلة المبيع والاجرة بمنزلة الثمن فياتي في المقام جميع احكام تلف العوض في البيع قبل القبض حرفا بحرف كالبحث عن تلف الثمن واتلاف البائع والاجنبي وكون اتلاف المشتري بمنزلة القبض وغير ذلك مما هو مذكور هناك وتحقيقه ان حقيقة المعاوضة تبديل سلطنة بسلطنة فقبل القبض لا يتحقق حقيقة المعاوضة ولذا تعدى لا يتعدى عن مورد النص في المقام ونظائره فلو كان مجرد العقد كافيا في حصولها وحصول النقل والانتقال كان الانفساخ بالتلف قبل القبض مخالفا للقاعدة فيشكل التعدي حتى من البيع الى الثمن فكيف عن البيع الى الاجارة وسائر المعاوضات والى ما ذكرنا كان نظر العلامة حيث جعل التلف كاشفا عن الانفساخ من اصلها باعتبار عدم استكمال حقيقة المعاوضة من اصلها بناء على عموم التلف للتلف السماوي و غيره الا انه قد يقال انه من خيار فوات الوصف بعد ملاحظة كون الاتلاف من اسباب الضمان وصيرورة القيمة والمثل مقام التالف لان قوام المعاوضة بمالية العوضين لا بعينها والمالية باقية في الحالين وانكان تقومهما قبل التلف بعين المبيع وبعده ببدله التالف في جميع الاوصاف هذه خلاصة ما افاده اجاد مهذبا الا انه مع ذلك محل للنظر من وجوه الاول ان دعوى نفي الخلاف في جريان قاعدة التلف قبل القبض في الاجارة هنا ينافي ما تقدم منه قدس في مسئلة اشتراط استحقاق مطالبة الاجرة بتسليم العمل من منع جريانها فيها وفي امثالها اقتصارا فيما خالف القاعدة على مورد النص اللهم الا ان يقال ان ما افاده في المقام من المفهوم السرمدي سواء فسد الجديد عدوا عما بني عليه سابقا الثاني ان نسبة الانفساخ من الاصل بمعنى البطلان الى العلامة ره

توهم فاسد ناش من عدم التامل في كلامهم في الباب الاول من الفصل الثاني من الاجارة موهم لذلك قال ولو تلف العين قبل القبض او عقيب القبض بطلت مع التعيين ولا بطلت في الباقي ويرجع من الاجرة بما قابل التخلف وكذا لو ظهر استحقاقها حيث ان ظهور العطف يساوي المعطوف والمعطوف عليه يدل على كون التلف قبل القبض مثل ظهور الاستحقاق في الكشف عن البطلان من اصله او ضعفه ظاهر اذ الغرض من التشبيه كما نبه عليه بعض في حاشية القواعد المشاركة في مجرد الانفساخ لا في كيفيته وساير خصوصياته لوضوح ان ظهور الاستحقاق لا يتفاوت فيه قبل القبض وبعده مع ان حق العبارة ح التعاكس في المعطوف والمعطوف عليه لان الغرض من التشبيه لا بد ان يكون في المشبه به اجلى فكان عليه ان يعطف التلف قبل القبض على ظهور الاستحقاق وانما منشا التنبيه عن تلك العبارة فهو عرف بما نبهناه الثالث ان التحقيق المذكور عكا من الضعف والسقوط وان سبقه العلامه في بعض تحقيقاته على ما عزي اليه حيث استدل للخيار بان الاجنبي انما اتلف تشخص المبيع لا ماليته والمعاوضة لما كانت متعلقة بتشخصه باعتبار ماليته كان اتلافه بمنزلة اتلاف الوصف حيث تبدل تشخص المبيع بتشخص اخر مع كون الملحوظ في العقد القدر المشترك وبه قال بعض فقهاء المعاصرين قده وليس بشي لان ضمان القيمة والمثل يتوقف على اتلاف المالية فلو كان التالف العين دون المالية لم يتحقق الضمان فلا مناص في توجيه ثبوت الخيار مع اتلاف البايع او الاجنبي من مقالة القوم فانهم يقولون ان المشتري يتخير بين ان يطالب البايع بالثمن لان كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بايعه او يطالب المتلف بالمثل والقيمة لانه اتلف مال غيره فيضمن له ويحصل ما مر في مسئلة توقف مطالبة الاجرة على تسليم العين المستاجرة ولان التلف اذا كان سببا لانفساخ العقد صار المضمون له هو البايع دون المشتري فالجمع بين القاعدتين كالجمع بين المتناقضين فكيف يجمع بينهما ويحكم

بثبوتها

بثبوتها شرعا انا لا نسلم تعليل الخيار بتعذر التسليم كما مر الاشارة اليه سابقا واورد عليه اولا بان قاعدة الجمع تلف قبل قبضه تعم صورة الاتلاف ايضا وعدم جريانها لا معنى للخيار بتعذر التسليم ضرورة توقفه على صحة العقد وعدم انفساخه حتى يتصور خيار للمشتري وثانيا بان خيار التعذر يختص بصورة رجاء التسليم فلا يأتي مع الياس ولا اقل لو العقلي ايضا فلا دعوى لوجه الاختصاص بصورة الرجاء وكيف كان فهل يلحق التلف بيد الاجنبي باتلافه نقل عن المسالك في باب البيع في شرح قول المصنف لو باع شيئا فغصب من يد البايع حكم بالانفساخ ومعناه عدم الالحاق في ثبوت الخيار للمشتري وعن بعض مشايخنا قده مورد عليه انه قد يقال بعدم الانفساخ اقتصارا فيما خالف القاعدة على القدر المتيقن وهو ما اذا لم يكن مضمونا للمشتري كما في صورة اتلاف المشتري الاجنبي و التحقيق ان جميع الوجوه المذكورة في اتلاف الاجنبي اتت في التلف عنده فمقتضى القاعدة عدم الفرق بين الامرين وعكس تنزيل مقالة الاخر عليه بقرينة تشبيه التلف بالاتلاف ولا كان مطالبا بالفرق بينهما وكما تبطل الاجارة بالتلف قبل القبض فكذلك لو تلف عقيبه قبل مضي شي من المدة لان قبض المنفعة انما هو بالاستيلاء على العين في زمن يمكن فيه الاستيفاء لا بمجرد الاستيلاء عليها وان كفى في استحقاق مطالبة الاجرة وتحقيقه ان القبض الذي يقتضيه المعاوضة غير القبض الذي يخرج به البايع عن الضمان فان الاول موافق للقاعدة والثاني مخالف لها ثابت بالنص والاجماع فيقتصر في الاول على مقدار ما يقتضيه المعاوضة وهو ليس في الاجارة سوى تسليم المحل للاستيفاء وقد مضى ما يتعلق بهذا المقام في مسئلة توقف مطالبة الاجرة على تسليم العين فاذا فعل ذلك استحق مطالبة الاجرة لحصول القبض الذي يوجب خروجه عن الضمان ولا كشف ذلك من عدم

القبض لنا فيجري فيه قاعدة التلف قبل القبض القاضية بالانفساخ واما لو انقضى
بعض المدة ثم لو تلف او تجدد فسخ الاجارة لسبب من الاسباب صح فيما مضى وبطل
في الباقي كما لو تلف بعض المبيع فيرجع من الاجرة المدفوعة الى الموجر عليه بما قابل
المتخلف من المدة فان تساوت اجرة المدة الباقية للاجرة الماضية والا قومت
اجرة تمام المدة ثم قومت اجرة الماضيه ونسبت الى قيمة المجموع واخذت بتلك
النسبة من الاجرة المسماة ومن فروع الشرط المذكور اعني معلومية المنفعة.
انه لابد من تعيين ما يحمل على الدابة اذا استاجر بلا خلاف محقق او منقول في
ذلك في الجملة للغرر المنهي عنه واختلافهم في بعض الفروع الاتية اما راجع
الى الخلاف في وجود الغرر هناك او في كونه قادحا اما لعدم كونه مما يختلف به القيمة
وان اختلف به الاغراض او لكونه مما يتسامح فيه الناس وقيل ان مقتضى الاصل مع
الشبهة الغرر الصحة عملا بالعمومات وفيه منع ان اريد المقام لاول لسقوط العمومات
الشبهة المصداقية توضيح المقام انه لا شك في وجوب المحافظة عن الغرر وهو
كما عن الشهيد احتمال مجتنب عنه عادة ويرجح على تركه وقيل انه ما احتمل الامرين
والخطر لعدم مساعدة العرف على اعتبار الترجيح في مفهومه وكيف كان
فلا اشكال في عمومه لما يختلف به اغراض الناس واذا لم يختلف به القيمة ودعوى
اختصاصه بالثاني وان احتمل لا ظهر خلافه للعموم بل اللازم عدم الخلاف.
فيه حيث يحكمون بفساد العقد للغرر مع عدم اختلاف المال المتروح فالخلاف منهم
في بعض الفروع الاتية لابد ان يرجع الى الخلاف في وجود الغرر او في اعتقاده
من حيث تسامح الناس عليه لحقارته لا من جهة عدم كونه موجبا لاختلاف
القيمة والاصل في الاول الفساد بعد سقوط العمومات عمومات الصحة
وعمومات نفي الغرر وفي الثاني الصحة لما ضعف النهي واختصاص الجابر بغير

المقام فيرجع

المقام فيرجع الى عمومات الاجارة وللتصرف الغرر الى ما لا يتسامح فيه عرفا والاولى العدول
في موارد الشبهة الى الصلح لانه مبني على المسامحة لا عوضه وان قام مقام الابراء والهبة ودعوى
قيام الدليل على اعتقاد الجهالة فيه ايضا ممكنة فان خص بصورة تعذر العلم فلا
فائدة في العدول عن الاجارة الى الصلح بل لابد من المبالغة في دفع الجهالة جملة ونحوه كلا وحا
ملا لان كل ذلك مما يؤثر في تفاوت الاجرة فلابد فيهما من دفع الابهام وازالة الا
شتباه وسد باب التخاصم اما بالمشاهدة واما بتقديره اي المحمل بالكيل ان علم
به الوزن كما هو في شان المكيال غالبا والمعروف فيه ان يكون مما يكال عادة او من غيره
او بالوزن مطلقا سواء كان مما يوكل او يوزن او غيرهما على خلاف البيع فان الوزن
لا يقوم فيه مقام المزروع مثلا والسر في الفرق ان الاجرة تبذل في مقابل نقل المحمول
لا في مقابل عينه بخلاف الثمن فانه يبذل في مقابل عين المبيع لا في مقابل نقله ولذا لم
يذكر المص ولا غيره هنا الزرع لكن للتناسب ح اسقاط الكيل ايضا ولا فائدة
فيه سوا معرفة الوزن فطريق التعيين اما بالوزن او بالمشاهدة او ما يرفع الجهالة
من الوصف الكاشف عن التفاوت ولا يكفي ذكر المحمول مجردا عن الصفة ولا راكب
غير معين لتحقق الاختلاف في الخفة والثقل بل لابد من ذكر المحمل من ذكر طوله وعرضه
وعلوه وهل هو مكشوف او مغطى وجنس غطائه وجنس الوطاء ونحوه مما يفتقر
اليه [illegible] هو الوزن فلا اشكال في الاعتماد عليه لافادة العلم بما هو المناط
في بذل الاجرة اعني الثقل فلا يحتاج معه الى شيء اخر الا اذا اختلف الاجرة باختلاف الجنس
مع اتحاد الجنس ايضا كالقطن والحديد فلابد ح مع الوزن من ذكر الجنس كما صرح به في المسالك
وغيره [illegible] اعني المشاهدة فهي طريقة تخميني لا تحقيقي فالاعتماد عليها محتاج
الى دليل لعله السيرة الناشئة من الضرورة ومساس الحاجة اذ البناء على الوزن خاصة في كل
جارات امر عظيم وعسر جسيم ومن التذكرة ان المشاهدة من اقوى طرق العلم وانه اذا كا

لو ظاهر الرمح [illegible] وانه مجهول [illegible] اللمهيد

٧ وغيره فيه كالمهملة لتعرض عنه وقد ان المهر عند عام ولذلك تبين ان عدم الصلح عنه وكونه يتسامح لما فيه

١٩٦

ا٢ ادا ام

نظرف وجب اصحانه بالبد تخمينا الوزنة الطعام لا حضوصه فى المشاهدة فى المقام بل التخمين
٥ باليد مع عدمها يقوم مقامها وكذا غير التخمين باليد وقد تلوح بلفظ التخمين الى عدم اشتراط
١٥ العلم فلا بد ح من حمل العلم فى الاول على الظن القائم مقامه وبه يندفع ما ربما يورد على
٥ من ان المشاهدة غير مفيد للعلم فكيف يكون من افراد طرقه وفى المسالك تعليل التخمين باليد انما
٥ كان فى ظرف باختلاف الاعيان فى الخفة والثقل فلا بد من التخمين لمعرفة الجنس واستحسنه
بعض مشايخنا قده وجعله من محتملات عبارة كوة امّا عبارة التذكرة فيحتمل من ذلك
واما الاستحسان فليس بجيد لان الغرض من التخمين باليد معرفة الثقل وتوسيط معرفة الجنس
مستدرك وان اراد ان معرفة الثقل موقوف على معرفة الجنس فهو لو سلم انما هو فى بعض
الاجناس لا مطلقا فلا وجه لحمل عبارة التذكرة عليه نعم قد يكون اختلاف الجنس موجبا لاختلاف
الاجرة فى المسافة او فى الخفة والثقل لاختلافهما فى الفرد قلة وكثرة فلا بد من معرفته على
التخمين باليد اذا افاد ذلك وجب لكنه غير مراد للعلامة قطعا التعليل له بمعرفة الوزن
وكلام اوه صاحب المسالك كما لا يخفى ثم ان الراكب يختلف خفة وثقلا حركة وسكونا واضرارا على الدابة
ومشقة عليها فلا بد من معرفته اما بالمشاهدة او بالوصف والكثر ظاهر الوصف كفاية وعن بعض
اعتبار المشاهدة وعدم الاكتفاء بها وعن اخر اعتبار ذكر الحركات والسكنات التى يختلف بها
صلاح الدابة معها ايضا وهذا هو مقتضى الاصل اقتصارا فيما يوجب الضرر على موضع
الضرورة ولان الظاهر قيام السيرة على الاكتفاء بالمشاهدة مطلقا بل لا يبعد الاكتفاء
بالوصف ايضا كما عن جامع المقاصد والمسالك ولا ايضاح هذا كله فى الاستيجار للركوب
وكذا لو استاجر دابة للحمل فلا بد من تعيينه اى الحمل والمحمول بالمشاهدة او ذكر جنسه و
صفته وقدره والفرق بين هذه العبارة وسابقها انها كانت فى الاستيجار للركوب خاصة
ويشهد له التعبير فى السابق بما يحمل على الدابة دون الحمل ثم الاقتصار فى التفريع على
ذكر الحمل والراكب وهذه فى الاستيجار لخصوص الحمل وان كان حكمهما مستفادا ايضا من

السابق ١٢ انما

السابق لا ام دابهم خصوصا المهم ذكر الفروع المتقاربة دفعا للتوهم الفرق كما صنعه
قبل ذلك فى مسئلة استقرار الاجرة بتسليم العين المستاجرة حيث ذكر اولا كلى العين المستاجرة
ثم قال وكذا لو استاجر دارا ويحتمل ان يكون الاولى فى الدابة الكلية وهذه فى الجزئية و
يحتمل كون الاولى فيما لو استاجرها المطلق الحمل ادميا كان او متاعا وهذه فى خصوص الاول
يستجار للمتاع وقيل ان الاولى فى الدابة المقدرة بالزمان وهذه فى المقدرة بالعمل وفى الاول
خير بتعسف والوجه الاول ثم الثانى ومع ذلك كان ترك الثانية اولى ولو كان فى المقام
المشار اليها وغيرها تفاوت حمل عليه ولو كان غير مضبوط ضبطا تاما كما ان حكم السفينة
حكم الدابة فى تعيين الحمل وتعيين خصوصياته وعدده وما هو المتعارف بين الناس
من الاجمال فى اجارة الدواب والسفن حاملا ومحمولا لا وجه له لا عبرة به كسائر المسامحات
الجارية فى العادة بعد اغتنا ربها فان تعيين كيفية الركوب غير معهودة ابدا مع ان
الجهالة فيها اشد ضررا واكثر اثارة للتخاصم ولكن هذه كلها فى العقد واما المعاملات
فالامر فيها هين لا يقتضى سقوط شرط التعيين فيها لوضوح فساده كما تقدم فى المعاطاة
لعموم النهى عن الغرر بل لانها تئول الى المعين من جميع الجهات حتى التزوج فى العمل وا
نكل خصوصيات المحمول او خصوصيات الراكب محمولا عند المقاولة وانما الزائد فلا
بد من اشتراطه فلو لم يشترطه لم يستحق على الموجر الا ان يكون متعارفا يجرى مجرى الشرط
ويختلف حال الاجارات فى ذلك من حيث وجوب العهد وبعده ولا يكفى اشتراط حمل الزاد
مطلقا من حيث يحتاج الى الشرط ما لم يعينه واذا فنى ليس له حمل بدله والاطلاق يقتضى
عدم الفرق بين ان يفنى بالاكل المعتاد او بغيره او بافة اخرى غير الاكل ونحوه فى حاشية
الكتاب للمحقق الثانى الفرق بعدم جواز الابدال فى الاول وجوازه فى الثانى والثالث
ووجهه ان العدد المشروط مستحق عليه سواء كان فى ضمن الفرد الاول او فى ضمن غيره وهذا
مبنى على حمل عبارة المتن على لو اشترط مقدارا معينا من الزاد كمن او نصف من

ولا يرد ان مع التعيين يجوز الابدال للاشتراط ولو قيد فيه بالمعتاد لان الشرط بمنزلة المتعارف
ومقتضى العادة شيئا فشيئا حتى انه لو مات رفيقنا في الطريق كان للموجر مطالبته بالتخفيف
بمقدار الفنا فهو هنا تفصيل قد صرح به في الحاشية ايضا وهو الفرق بين زيادة
المحمول عن الحاجة فيجوز الابدال وبين عدمها فلا يجوز وهذا لا يحصل الا اذا فرض حمله اقل
ما اشترط والظاهر انه المراد فلو شرط منين مثلا وكان المحتاج اليه منا ولما وافتقر
عند العمل على المحتاج اليه فاذا فني بالاكل استحق حمل بدله سواء كان بالمعتاد ولو بغيره
ولو اشترط حمل الزاد من غير تعيين القدر عكس التفصيل فان فني بالاكل المعتاد جاز له
الابدال والا فلا لكنه خارج عن مفروض الكلام لان المتبادر من التعيين تعيين قدره
الا من جهة اخرى وبل مع جهالة القدر يبطل الشرط مع تعينه ولو بحكم العادة لا يجوز
التجاوز عنه الى الزيادة الا الى غير الزاد فان كان المعين اقل من الحاجة لم يجز له حمل البدل
وبتعيين الطريق لعدم استحقاقه سوى القدر الفاني لو كان الفناء بالاكل المعتاد
لا بغيره وان كان بقدر الحاجة لو ينقص الفناء بالاكل المعتاد فان فني بالاكل المعتاد بآفة اخرى جاز
له الابدال اذا القدر المشروط مستحق على الاجير سواء كان في ضمن الفرد الاول او في غيره
وان كان اكثر من قدر الحاجة ففي صورة الفنا بالاكل الغير المعتاد حكمه ايضا حكم ما لو كان بقدر
الحاجة فلبقي قسما اخر وفي صورة الفناء بالمعتاد مع كونه زائدا على قدر الحاجة اللهم
الا ان يكون المراد ما وصفناه وهو ان يشترط اكثر من قدر الحاجة لكن اقتصر عند الحمل على
مقدارها فان الابدال حينئذ يجوز ولو فني بالمعتاد ومما شرحناه للمقام ظهر نشو تشقق
كلماتهم كما ظهر ان الفرق بين الاكل المعتاد وغيره لا يتصور الا في بعض الصور كالمقابلة
بين الزائد عن قدر الحاجة وبين غير الزائد والحاصل ان المسئلة ذات شقوق تتصور في
بعضها بغير قول الشيخ وابن ادريس من جواز الابدال وفي بعضها قول العلامة ومن قال
بالعدم حاصله من جزئيات في نفسها ثم ضرب الحاصل وهو الستة في الثلث لان مثل

الا ان تعين العادة بمعنى القدر ويرجع الى الاول وهو ان مع جهالة المقدار يبطل الشرط

ليفرق بين الاولين لكن يتصور الفناء بالمعتادة

الزاد المعين

الزاد المعين بالشرط او بحكم العادة فاما ان يكون بقدر الحاجة او اقل او اكثر وعلى التقادير
النفاد يوما في الحمل اما ان يكون بقدر الشرط او اقل او اكثر على النفاد به اما ان يفنى بالاكل او لا بالاكل
المعتاد او بغيره او بالتامل فيما ذكرنا يعرف حكم جميع الصور وربما نزل خلاف الشيخ
والاصحاب فيما لو استحق حمل الزاد لا للعادة ولا للشرط فيدعي الشيخ انه يستحق حمل العوض
كسائر ما يستحقه عليه وغيره يقول ان العادة لا تقتضي الا حمله على هذا الحال وربما يجمع
بهم مختار الشيخ (ره) لما ذكروا حمل عبارة المص ويحمل اخبره على حمل غير الزاد وانت خبير بما في
الحمل اما مختار الشيخ ايضا فغير متجه اذا كان مقتضى العادة حمل الزاد بقدر الحاجة
او اقل لا ينافيه في العادة على عدم البقاء فاذا فني بالمعتاد الذي هو محل النزاع ظاهرا
فكيف يكون له ابدال ما بقي شيء وهو ان في محكي التذكرة جعل محل النزاع ما لو ينقص
شراء الزاد في المنازل بالسعر الاول والا جاز له الابدال الا محالة وفيه نظر لا يخفى
واذا استاجر دابة اقتصر فيها على مشاهدتها ان اختلف الغرض باختلافها كان
الجهالة في الحامل لا الجهالة في المحمول العموم الدليل وانما اطلق المص ولم يقيده باختلاف
الغرض ثقة بوضوح الحال فان لم يكن مشاهدة فلا بد من ذكر الجنس بل النوع
وهكذا مع اختلاف الاغراض وكذا الذكورة والانوثة اذا كانت للركوب ويسقط
اعتبار ذلك اذا كان للحمل لعدم اختلاف الغرض باختلافهما كما يسقط
باعتبار ذكر الجنس والوصف ايضا لعدم اختلاف الغرض باختلافهما اذا
كان للحمل كما لا يخفى فلا وجه للفرق بين ذكر الجنس وذكرهما اذا كان المقصود الحمل لا في
المقصود للركوب لسقوطهما كلا في الاول دون الثاني وحمل على بعيد قوله اذا
كان شاء شرط المجموع ما ذكر فيندفع الايراد وان كان فيه خروج عن الظهور الظاهر
في الجملة وقد يقال سقوط ذكر الجنس وغير الذكورية والانوثية من الاوصاف مطلقا لهذه
لكثرة اختلاف الاغراض وعدم افادتها شيئا بل قد يقال بعدم فائدة في المشاهدة

اشاهده

فى الاجارة وان نفعت فى البيع لانها لا تفيد الاطلاع بكيفية مشى الدابة مع كون اختلاف الاغراض
بل الاجرة فى الجملة باختلاف انحاء المشى اشد واولى نعم يفيد المشاهدة الظن بها كالاوصاف
فان قام الدليل على اعتباره فى المقام كما هو الظاهر للسيرة المستمرة وتعطيل اجارة الدواب
لو بنى على اعتبار العلم صح التعويل عليها والا فلا بد فيها ثم الظاهر عن تمكين لفظ الدابة
كون الكلام فيما لو استاجر دابة جزئية ولو استاجر الكلية فالظاهر كما يشهد به استقرار
السيرة فلعله لزوم عدم ذكر شئ من ذلك لان المنفعة فى الكلية هى عمل المكارى
وفى الجزئية هى منفعة الدابة ففى الكلية يرجع الاجارة الى اجارة الآدمى وفى الجزئية الى
اجارة الاعيان لانه لا ريب فى اختلاف الاغراض باختلافها وفيما سواه كان متعلق الاجارة
الحمل او منفعة الحيوان فلا بد فى الاستيجار للحمل انه من تعيين كامل الا ان جهالته تسرى
الى الحمل الذى هو متعلق الاجارة فتبطل الا انا نقول تغتفر فى التوابع ما لا تغتفر فى غيرها
فرق بين استيجار الحيوان وبين الاستيجار للحمل عليه والايصال الى المكان الكذائى وان
دخلت منفعة الدابة فى ملك المستاجر تبعا لكن صرح غير واحد منهم صاحب المسالك
بانه لا فرق بين استيجار دابة معينة او دابة كلية وتحمل خروجه عما ذكرناه وفرضنا هى
الاستيجار للحمل اذ المتصور ثلث استيجار دابة جزئية معينة او دابة موصوفة كلية او
دابة كلية استيجار للحمل الذى يقتضى دخول منفعة الحيوان فى ملك المستاجر تبعا
ففى الصورة الاولى فى الثانى لا بد من المشاهدة او الوصف بلا اشكال نحو فى الثالثة لم
يحتج الى الدابة فضلا عن وصفها وقد صرح به بعض مشايخنا قدس سره ولقد اجاد ان كان
مراده بالحمل هو الحمل على الدابة وان كان المراد الحمل المطلق دون الحمل على الدابة ففيه تامل
لامكان منع الاحتياج فيها الى الوصف ايضا بناء على اغتفار الجهالة فى التوابع ولا بد من الرجوع
الى باب التابع وملاحظته كما تم هناك ويلزم موجر الدابة كلما يحتاج اليه ويمكن من امكان
الركوب من الحمل والقتب والشد والحزام والزمام واللجام والسرج والاكاف وان لم والحد

وغيرهما من الآلات

تنكرة

١٩٦

وغيرهما من الآلات والضابط كما جرت به العادة بالتوطئة له بالركوب بالنسبة الى نوع
الدابة المعينة فيجب السرج لذات السرج والبرذعة لما اعتاده ونحو ذلك وكذا يعتبر السابق
والغالبية مع اقتضاء العادة لهما او لاحدهما واولى ذكرهما تحقيقا الافعال التى يوجب على الموجر
الشرط او العادة كالاعانة على الركوب والنزول اذا كان المستاجر عاجزا او قادرا
لكن يقتضى العادة به بذلك كالمرأة والشيخ ولو كان قادرا متمكنا من ذلك بنفسه
لم يجب اعانته كذا فى المسالك وفيه ان لزوم الاعانة انما جاء من الشرط او العادة
التحكمة فلا تفاوت بين القادر والعاجز لان العاجز لا يوجب استحقاقهما زايدا
عما يقتضيه العقد على المستاجر وفيه ايضا كما عن القواعد والتحرير ان لزوم الا
عانة انما هو اذا اشترط الموجر على المستاجر مصاحبته او كانت الاجارة فى الذمة
اما لو كانت مخصوصة بدابة معينة ليذهب بها وان لم تقتض العادة بذلك لجميع الافعال
على الراكب وفيه ايضا ما لا يخفى بعده وان لزوم الافعال مدار الشرط والعادة اذ
لا وجه للفرق بين كونها فى الذمة او مخصوصة بدابة معينة وفى رفع المحمل وشده
تردد فانشاء التردد من جريان العادة بها الظاهر على الموجر عند المصنف والفاضل وابن
ونانى الشهيدين على ما نقل عن بعضهم واستدل عليه فى المسالك بجريان العادة وانها
من اسباب التهيؤ والتحمل الواجب على الموجر فيجيء ان لا يشترط خلافه قلت اما الاستدلال
عليه بالعادة فهو حسن على فرض تسليم الصغرى ولكنها على الاطلاق محل تامل لان العا
دة فى ذلك تختلف بحسب الزمان والمكان والاشخاص واما الاستدلال الثانى
ففيه ان الكلام فى اجارة الدواب وفائدتها تمليك منافعها واما التحمل والاستيجار
له يرجع الى الاجارة الآدمى وهو خارج عن مفروض الاجارة والا لم يتوقف وجوبها ولا وجوب
غيرها من سائر وجوه الاعانة فعلى الشرط او العادة اذ لا ريب فى انه من يوجر نفسه لعمل خفى
بنى ويضا المترتب وغيرها ما يجب عليه مقدمات العمل ومنه ان الحمل امر للتحمل فعليه ما

بل الكون على فرض الاحتياج اليها وهذا الحق من حمل الغلة ونحوها مما يطلق فيها لزوم الالات
ووجوه الاعانة على صورة الاشتراط وجريان العادة وكيف كان فقد ظهر الحال في جميع الصور
المشار اليها انفا وحاصلها انه لو كانت الاجارة معلقة بنفس الدابة الكلية والجزئية
لم يجب على الاجير شيء من الالات ولا الافعال الا على تقدير الشرط او جريان العادة
وان كانت متعلقة بالحمل وجبت عليه الالات والافعال اشترطت ام جرت العادة
بها ام لا ثم الظاهر ان الامتناع من الالات في صورة لزومها يوجب خيار تخلف الوصف
وعن الافعال يوجب خيار تخلف الشرط ففي حيثية ايجاب الخيار لا فرق بينهما الا من حيث
الاجبار فيفترقان فان تخلف الوصف في الجزئي لا يتصور فيه الاجبار بخلاف تخلف الشرط
وربما احتمل رجوع الخيار الى خيار التبعيض وهو غريب واغرب منه احتمال الوجوب على الا
جير تبعا كتوابع المبيع لا لاجل الاشتراط ولا لاجل كونها جزءا من المنفعة ولو اجرها لادارة
الدولاب بالدواب افتقر الى مشاهدته اي الدولاب لاختلاف حاله في الثقل ولو امكن
الوصف الرافع للجهالة كفى وانما اقتصر على المشاهدة لقصور الوصف غالبا عن رفع
الجهالة والشرط معرفة عمق البئر باحد الامرين ولا بد فيه من تقدير العمل اما بالزمان كاليوم
لكن لا بد حينئذ من معرفة الدابة لاختلاف الدواب قوة وضعفا فيختلف مقدار السقي الذي هو
المقصود بالاجارة او بملاء بركة معينة بالمشاهدة او بالوصف بالمساحة ونحوها كما
لا بسقي البستان وان شوهد للاختلاف بقرب عهده بالماء وعدمه وحرارة
الهواء وبرودته وفيه ان اختلاف الهواء في زمن السقي يسير لا يلتفت اليه واما
الاختلاف في قرب العهد بالماء وبعده فهو وان كان مما يوجب الاختلاف والجهالة
في مقدار السقي الا انه يندفع بالوصف بقيام ما اهل الخبرة اذا شاهد البستان
عرف مقدار ما يحتاج اليه من السقي ومسامحة الناس في الاجارات في الاختلاف اليسير
الناشئ عن الاختلاف من نحو قرب العهد الى الماء ونحوه بعد امر غير خفي وكذا

ام الشرع

ام الشرع ولا عبرة بالاكتفاء معظم الغرر به وقد اعترف به بعد ذلك ولو اجرها للحرث
فان كان لحرث جريب معلوم فلا بد من مشاهدة الارض او وصفها وعلل المذكور اعتبار
المشاهدة خاصة بان باطن الارض تختلف صلابة ورخاوة وحرث الصلب صعب
على البقر وعلى المستعمل بخلاف الرخو وفي بعضها حجارة يتعلق بها السكة وهذا الخلاف
انما يعرف بالمشاهدة دون الوصف ورده في المسالك بالمعارضة بان المشاهدة لا تحيط
بباطن الارض واما الوصف فقد يكون صاحبها عارفا بما في الباطن فالمعول على
الوصف اولى وارتفاع الجهالة به ابلغ وبان الغرض رفع الجهالة العادية لا المطلقة
الكلي ويمكن منع ذلك بالاكتفاء في عدة مواضع منها على وجه يرفع الغرر
الاطلاع على باطن الارض هنا نظير الاطلاع على صفات العبد والاماء الباطنية في
البيع التي لا اشكال في اغتفار جهالتها ان المعتبر هو ارتفاع معظم الغرر كما
اشار اليه بقوله ولان الغرض الخ ويدل ولا ريب في كون المشاهدة ابلغ من الوصف بل الظاهر
كون الظاهر عنوان الباطن كما هو الغالب فلا يحصل بغير المشاهدة معرفة باطنها
من الاشتمال على الاحجار المانعة عن الحرث وعدمه ثم لو كان الامر كما ذكره من المداقة
في رفع الجهالة لزم الجمع بينهما دون الاكتفاء باحدهما وهو احوط وربما احتمل
ان مراد الاصحاب بالمشاهدة ما يتعلق بالارض من ظاهرها او باطنها ولو قبل العقد
بحرث سابق ونحوه وهو ضعيف احتمالا ومحتملا ولا يحتاج الى معرفة السكة اذا
كان لها معتاد متعارف بل وان لم يكن للتسامح واما الدابة ففي تعيين الجريد
معرفة الارض باحد الامرين كما هو المفروض في المتن لا يحتاج الى تعيينها والضابط هو
ان الاجارة ان وقعت على حرث الارض فاما ان يعين الارض قدرا ووصفا بالمشاهدة
او الوصف كما هو المفروض في الكتاب فلا حاجة حينئذ الى تعيين الدابة ولا الى تعيين المدة
لانتفاء الغرر بمعرفة مقدار مساحة الارض ومعرفة نفسها في الصلابة والرخاوة و

ولا اشتمال على الاجارة عنه واما ان يقدر بالمدة فيقول اجرتك دابة شهرا فحج لابد من
معرفة الدابة تحرزا وتحفظا عن غرر المستأجر لاختلافهما في القوة والضعف ولابد ايضا
من معرفة الارض بالوصف او المشاهدة تحفظا عن غرر المؤجر وقيل بعدم لزوم التعيين
للارض مع ضبط المدة لان بناء الامر على الاكتفاء بضبط العمل بالمدة عن معرفتها
ولا دليل له والاحوط اولى وفاقا للمحكي عن المبسوط والقواعد وهذا هو الحال في الاجارة
للحرث وفي اجارة الدابة للسفر مسافة معينة لا بد ايضا من تعيين وقت السير ليلا
او نهارا الا ان يكون عادة فليستغنى بها عن التعيين ويرتفع ايضا عند التنازع
والنزاع ولو لم يكن شيء كالطريق الى الحج ففيه اشكال لتشكل الحكم ومقتضى القاعدة
لتعيين اول السير ولنما يشترط تعيين اذا كان اختيار السير بيد غائلك معتادا
الامر لا جهالة حينئذ اذ المرجع حينئذ يكون ... لان الجهالة مغتفرة للضرورة ما
الضرورة لا يوجب تغير حكم الوضع فلا بد ايضا من تنزيل اطلاق الوقت في كلماتهم
على صورة الاستلاق للاجرة او للاعراض بالاختلاف الليل والنهار وهي فرض بعيد عن
مجاري العادة التي اطلق ... او صرح بعدم اعتبار التعيين الوقت كما عن ظاهر
الوسيلة والكافي وغيرهم من القدماء العلامة ناظر الى المسألة الى اغتفار الجهالة
الناشئة من عدم تعيين الوقت للسير كما قواه بعض مشايخنا وعن التذكرة والقواعد
وجامع المقاصد انه لا بد ايضا من تعيين قدر المسير كل يوم او ليلة الا ان يكون
المنازل معروفة معتادة والتحقيق ان هذه المداقات مبنية على ... الناس
وعدم مسامحتهم فيها والا فلا حاجة الى تعيين شيء منها لان ارتفاع معظم
الغرر يكفي ولا دليل على وجوب الاشهاد كالتعيين ويجوز اذا استأجر اثنان
جملا او غيره للعقبة بضم العين وهي النوبة كما في المسالك ويتعاقبان
على الرحلة في الركوب هذا تارة وهذا اخرى ويرجع في التناوب الى العادة فان كان

هناك عاده

١٦٤

هناك عادة مضبوطة اما بالزمان او بالمسافة فتحمل الاطلاق عليها والا وجب التعيين
كما ذكره غير واحد وفيه انه لا معنى للضبط التناوب بالعادة ولتعيين العقد لا
لتعيين مقدار حصة كل منهما نعم في اعتبار تعيين من يركب منهما اولا وجه حتى
قيل كما عن التذكرة ببطلان العقد لانه موجب للجهالة كما عن الجامع والمسالك
مدفوع بعدم الاشكال والجهالة في مفاد العقد ان استئجار اه على الاشاعة
وانما هو اشكال خارجي جار في كل شركة نعم لو استأجره على ان يكون كل منهما
نوبة معينة زمانا او مكانا بحيث يكون مفاد العقد استحقاق كل منهما الركوب
يوما مثلا او ركوب فرسخ على وجه التعاقب فصرح بعض مشايخنا بلزوم
التعيين لمن يركب اولا وفيه نظر لان مفاد العقد استحقاق كل منهما
ايا ما او فراسخ متعاقبة وهذا ايضا لا يوجب الجهالة في مقتضى العقد
ولو اقتضت قاعدة للترجيح استعمال القرعة على التقدير التناجر لا صحح
العقد مطلقا كانت عادة في التناوب اما لا نعم او لمن يركب اولا نعم لا بد من
تعيين مقدار الحصة كل منهما زمانا او مسافة فلو لم يعين حمل الاطلاق على المساواة
فيقسم الى الركوب حينئذ نصفا او ثلثا حسب عدد المستأجرين لانه ... على
الاشاعة فلا بد حينئذ من تعيين حصة كل واحد باحد الوجهين والا بطل للجهالة
وهو واضح واذا اكترى دابة فسار عليها زيادة على العادة او ضربها
كلما ادبجها اي جذب لجامها الى نفسه كي تقف ولا تجري كما عن الجوهري ضمن
بلا خلاف كما عن التذكرة بل عن الغنية الاجماع عليه ووجهه واضح لوجود المقتضي
وهو الاتلاف وعدم المانع واما مع عدم التعدي عن العادة فظاهر العبارة ومرجع
الكلام المحكي عن ... وغيره وموضع من كره ومع وصول للاذن عدم الضمان
ولو اتلف للاصل ولاقتضاء العقد جواز الافعال المذكورة ويتوقف استفادة

المنفعة عليها فلا ضمان كالامنا فيما يتلف بنفس استيفاء المنفعة من حلول
الدار ولبس الثوب وركوب الدابة الموجب لهزالها ونقصان قيمتها وللشرح الجارية
بين الناس ولان المبني منهم قد يصح بيعه جابر وحزبه خلافا للمحكي عن موضع من كرة من الضمان
لجناية المعز لان الاذن فيه مشروط بالسلامة ويجاب عن الاول بقاعدة الاتلاف وعن
اقتضاء العقد بالمنع لانه انما يقتضي الضرب لا الضرب المترتب عليه التلف وعن الثالث بالنقض
بضرب الزوج زوجته للاستمتاع فانه ثبت عليه فانه مأذون فيه بنص القرآن فاذ يوجد وثبت
عليه الاستمتاع عند الامتناع مع حكمهم فيه بالضمان انتهى بعضهم فيه الخلاف ومن جانب
الاستدلال على الضمان بانها كالمأذون فيها شرعا وفيه منع صغرى كما عرفت عدم اقتضاء
العقد جواز مثل ذلك فمن ابن جاء الاذن وكبرى على ان الاذن لا ينافي الضمان الا ان يراد
انهم حكموا بالضمان في الجناية الضرب للتاديب وبضمان المعلم وهذا معنى تعليل الكرم
بان الاذن مشروط بالسلامة اراد ان ترتب التلف على الفعل المأذون فيه وكاشف
وقصد الفاعل ايجاد ذلك العنوان نعم قد يمنع الضمان بالاذن اذا تعلق بالاتلاف
كالاذن في القصاص او الحد وكذا لو يكشف بالتلف خروج الفعل المترتب عليه التلف
عن العنوان المأذون فيه كما لو عمل الاجير ما استؤجر عليه فترتب عليه التلف كما لو
قلع الضرس المستأجر عليه فترتب عليه الموت ونحوه فان التحقيق فيه وفاقا للعزة
عدم الضمان ولا دليل على عدم الضمان في الموضعين مضافا الى ظهور الاجماع في الاصل
بعدم منع عموم ادلة الاتلاف اذا الظاهر منها او لو علمنا احتماله فلا لاستحسان سبب
الضمان احترام مال المسلم فاذا اذن ارتفع الاحترام وربما يؤيد عليه قوله تعالى وما
على المحسنين من سبيل كما لو كان الفعل المترتب عليه التلف احسانا في الواقع مثل
ما ادب المعلم فترتب على تاديبه جناية غير جناية النفس لان الاية حاكمة على دليل الضمان
الا ان يدعى الحيثية ويقال ان نفي السبيل من حيث عنوان الاحسان لا ينافي السبيل

عليه

عليه من عنوان اخر مجامع معه فلو حصل من فعل المعلم تاديب وضرب متلف فقد
السبيل عليه من حيث الاحسان اعني التاديب لا ينافي السبيل للتاديب عليه من غير
جهة الاحسان اعني الضرب والى هذا ينظر ما عن الفخر خلافا للغير من ضمان حافر
البئر في طريق المسلمين ولو كان غرضه الاحسان اليهم وفيه مضافا الى خروجه عما هو
المفهوم من امثال الاية كما يشهد به ما عن المفسرين في قوله تعالى ولقد علموا لمن اشتراه
ما له في الاخرة من خلاق من عموم النفي للمطلقا مع ان الضمير البارز راجع الى خصوص
عمل السحر انه تخصيص لاكثر بل الكل انه ما تحصل له وان صدر عن بعض افعاله التحقيق
لوضوح ان عنوان الضمان يثبت في الشريعة سبيل حتى يكون الاية لو عمم ناظرة الى
نفيه ولو فرض ثبوته لم يكن معنى لتوقفه سوى التناقض فلا بد من فهم التعميم الى نفي
السبيل من كل حيثية حكومة وزان الاية وزان سائر العمومات الحاكمة على ادلة الاحكام
نعم الاية ان كل عنوان مقتض للسبيل شرعا واعتبار الجامع معنى العنوان الاحسان
لبعض مصاديقه كالتاديب في المثال المذكور يغمض عن قوله للمحسن فلا ارادوا
كالضمان المولى لما لو ترتب على التاديب تلف النفس فلا اشكال لعدم كونه احسانا
راسا وان صدر عنهما بزعمه وان اراد والاعم من ذلك فان اراد الخصوص
ما اخطأ في التاديب كما اذا كان التاديب بضرب رجليه فاخطأ ووقع الضرب
على راس الطفل فلا كلام انه لما ذكر بعدم كون الموجود للخارج من مصاديق
التاديب الذي هو الاحسان وان اراد والاعم من ذلك الاعم حتى الصورة التي اجتمع
فيها عنوان التاديب وعنوان الجناية فهو ممنوع اشد المنع والحاصل
ان رافع الضمان احد الامرين اما اذن المجني عليه من غير اثم او اذن الشارع
سواء تعلق به على نحو التنصيص كالاذن في الحد والقصاص او نحو العموم
كما في صورة الاحسان هذا ويمكن ان يقال بضمان المعلم والولي ولو كانت الجناية

المصادرة منهما تاديبا نظرا الى ان التاديب الذي يترتب عليه الجناية على الطفل ليس احسانا في حقه لمجرد ترتب الجناية عرفا فعليهما عنوان الاحسان الواقعي الذي هو المنفي عنه السبيل وح يختص فائدة الاية في خصوص نحو الحدود والقصاص و التعزيرات التامة بها شرعا فانها احسان لا يترتب عليها ضمان الاتلاف وهذا الوجه غير بعيد وفيه محافظة لظاهر الكلام الحاصل من الاطلاق في ضمان المعلم والمحلل لا ان السبيل المنفي عن المحسن في الكتاب العزيز يبقى بلا مورد لما عرفت من لزوم الاستدلال بها على عدم الضمان المحسني مع عدم صدق احسنها النفي السبيل عن عنوان الاحسان للزوم التنافي وكيف كان فتوجه على ما ذكرنا فروع منها ضمان الولي والمعلم في بعض الصور ومنها عدم ضمانها في الاخر حسبما عرفت من التفصيل الا ان يبنى على الوجه الاخير الذي نفيناه عنه البعد ومنها ضمان الطبيب اذا اخطأ في العلاج مع المباشرة سواء ترتب عليه تلف النفس او جناية غيره وياتي الكلام فيه عند تعرض الماتن انتهى نعم والمراد بالخطأ في الثالث ان لا يحصل الغرض المقصود من العلاج الذي باشره كما اذا شرب المسهل المريض لدفع ما به من الاسهال فاضر بعينه من غير دفع الاسهال ومنها عدم ضمانه فيما دون النفس اذا حصل العلاج المقصود وان ترتب عليه جناية وحكم القوم بضمان الطبيب محمول على احدى الصورتين السابقتين والامر دوّد عليهم كما عرفت من نفي السبيل وربما يقال بل قيل بعدم ضمانه في الصورة الاخيرة ايضا نظرا الى السيرة الجارية وفيه انها في المباشرة ممنوعة وفي التسبيب غير بعيد لكن البحث هنا في الاول وقد يقال هنا ان علاج الطبيب الحاذق من مصاديق الاحسان مطلقا ولو اخطأ ولم يترتب عليه الغرض المقصود اصلا لان الفعل اذا قصد به الاحسان الى الغير صدق عليه عرفا

عنوان

عنوان الاحسان سواء عادت منه فائدة اليه ام لا نظير صدق البيع على البيع وان لم يترتب عليه النقل المقصود لفقد شرط او وجود مانع بناء على كونه موضوعا للاعم من الصحيح والفاسد ومثله القيام للغير تواضعا له فانه اكرام وتواضع عرفا وان لم يبلغ حق التواضع له شيئا وهو كما ترى في غاية الضعف والسقوط لان الافعال موضوعة للمعاني النفسية لا مع دون الاشتغال لان عادة الانسان ابتنى على ما لا يكون فيه نفع او فائدة للغير كيف يصدق على العلاج الغير النافع عنوان الاحسان كيف ولو كان كذلك لزم القول بصدقه عليه ولو كان مضرا او مهلكا وهو كما ترى نعم بناء على تفسير الاحسان بما لا حرج في مقابل الخطور الشرعي لا العرفي كما قيل وكان مبنى تمهيد القواعد للشهيد الثاني كان العلاج الغير النافع احسانا لانه لا حرج فيه شرعا ولا اثم لكن الظاهر المتبادر من الاحسان هو الاحسان الى الغير بدون فعل المباح ولذا هو واحد اطلاقا في قوله ﴿احسن﴾ مضافا الى الظهور والاجماع على عدم الحرج بل الاباحة لا يرفع اثر الاتلاف نعم يرفع به اثر التسبيب الذي هو نعم من اسباب الضمان كالتسبيب اليه بمقتضى القاعدة في علاج الطبيب عند المباشرة ضمانه الا في صورة الاحسان في العلاج المقصود فانه محسن ولا سبيل عليه وان ترتب عليه تلف دون النفس والدليل على الضمان عند الخطأ هي قاعدة الاتلاف وربما توهم ان المدلل هو الاخبار الدالة على ضمان الاجير والصانع كما ياتي وفيه اولا انه اخص من المدعى فانه لا يأتي في صورة تبرع الطبيب في العلاج مع ظاهرهم كما ياتي عدم الفرق في ضمانه بين المتبرع وغيره وثانيا ان ضمان الاجير الصانع الذي تكفلت به الاخبار وكلمات الابرار ليس مبنيا على كونه شيئا في القاعدة ثابتا بالدليل بل على تطبيقه عليها بل هو من جملة ادلة الضمان بالاتلاف وكان الزاعم عجز عن تطبيقها عليها وكذا عن تطبيق ضمان الطبيب

في الاية

نظر الى عموم نفي السبيل في القرآن او وجود الاذن الرافع للضمان فلا يكون مدركه ح سوى المقبض ولا ايلاج وفيه ما عرفت من خروج خطائه عن عنوان الاحسان ثم عنوان الاذن ضرورة تعلقهما بما هو علاج واصلاح في الواقع لا بما هو كذلك في زعم وانكانا اسائه في الواقع ولعل الاحسان عند محمول على فعل ما لاحرج فيه فتخطى اقتضاء نفي السبيل عدم ترتبه على اصلاح الطبيب بالتقريب المذكور وفيه ما عرفت ومنها ضمان الحاكم اذا اخطا في الحد كما اذا قلنا بجواز اجرائه بعلمه فاخطا او نحو ذلك فرق بينه وبين خطأ الطبيب في العلاج لكن الظ انه لا خلاف في عدم ضمانه كما عن المبسوط فالفارق ح هو الاجماع ويمكن ان يقال ان الحاكم مامور باجراء الحد حسبما ساقه ما ثبت بموجبه فكونه تعلم ما زونا فيه واقعا عند الشارع لقضاء الفروة بذلك والا لم يرغب في القضاء احد بخلاف الطبيب فان ما يعيده هو ليس ماذونا فيه في الواقع ام خالف في مثل الحاكم وغيره من الامناء الوكيل في بعض الامور في قبض الصدقات وتفريقها على احد الوجهين فلو ظهر اخذ الزكوة من الحاكم غير مستحق لها فلا ضمان على الحاكم وفاقا للكل او الجل بخلاف الوكيل فان فيه وجهين بل قولين مذكورين في محله ومنها عدم الضمان فيما نحن فيه لالك الاذن مشروط بالسلامة كما عرفت عن العلامة فاذا ترتب على ضرب الدابة تلفها كشف ذلك عن عدم كونه ماذونا فيه وانكار معه ورافعه كما في خطاء الطبيب مع مجرد كون الضرب مستحقا على الوجه لا يعدي كالاعدي في ضرب الرجل زوجته المرخص فيه في القرآن ومستحقا عليها بنصه والاجماع لكن يقوى النظر فاني فيما نحن فيه موافقة للاكثر لان المستأجر مالك للمنفعة ولا يترتب على استيفائها تلف العين حيث بذل الاجرة في مقابلها فكان العقد وقع على الاستيفاء المتلف وبين الاجرة فكان الاجرة تقابل المنفعة فكذا تقابل العين تبعا اذا استلزم استيفائها تلف العين في القتل الحمار عون بمكروه وهذا في التلف المترتب على استيفاء المنفعة على الوجه المتعارف

واضح لا الاشكال

واضح لا الاشكال فيه فلو مات الدابة بالركوب المتعارف فلا ضمان على المستأجر قطعا وبالجملة ما ذكره العلامة من ان الاذن مشروط بالسلامة ان شرط السلامة في الاستيفاء مناف لمقتضى العقد فانه يقتضي تمليك الضرب الموقوف عليه الاستيفاء فقد يتوهم انه امر خارج عن متعلق هذه الاجارة وانكان صار المستاجر ماذونا فيه باعتبار كونه متعارفا ووجوب تنزيل العقد على المتعارف وهذا لا يقتضي ازيد من الاذن المشروط فاذا انتهى ترتب التلف عليه مكن منع دخوله في الاذن المدلول عليه بالعقد ولكنه توهم فاسد لانا لا نقول بعدم الضمان الا في صورة توقف استيفاء المنفعة عليه واشتراط الاذن بالسلامة كاشتراطها في استيفاء المنفعة من غير فرق وهو مشروط منافي لمقتضى العقد قطعا كما اجلد نعم لو كان الضرب غير موقوف عليها الاستيفاء المنفعة اتجه فيه كلام العلامة وغيره ابن نقول فيه بالضمان لما عرفت ويمكن تنزيل فتوى الاصحاب لعدم الضمان على الصورة الموقوف عليها الاستيفاء خلافا للبعض حيث صرح بعدم الفرق بين الموقوف عليه وغيره اذا كان متعارفا وفيه ما عرفت بل الظ عدم الجواز الا باذن المكاري صريحا او نحوه فليس للراكب ان يسير بالدابة الى غير او يميل عن الطريق لا للضرورة بحوز مع الضمان نظرا الاكل في المخمصة وربما استدل لم بوجهين اخرين هما ان اطلاق الاذن المكاري شامل للضرب المترتب عليه التلف فلا ضمان فيه منع حقوق وكبرى وثانيها ان المستاجر امين ولا ضمان عليه وفيه ان المقام من الاتلاف دون التلف وكيف كان فالتحقيق فاضح في المسئلة بالتفصيل وبه يظهر الفرق بين المقام وبين ما ذكروه من ضمان الرجل بضرب زوجته اذا ماتت بضربه لان الترخيص فيه بنص القرآن والاجماع ما كان مقدمة للاستمتاع فاذا ترتب عليه الموت كشف ذلك عن عدم كونه محلا للترخيص وهذا محل القول بان الاذن مشروط بالسلامة بل التحقيق ان سائر الجنايات في حكم الموت وان لم يثبت شرعا جواز الضرب الذي يكون سببا للجناية فامكن القول لضمان الزوج نظرا الى الوجه الذي هو من قبيل خروجه كان ما مسار بين

كما انه لو قلنا فى ضرب الزوج ايض بعدم الضمان فيما دون الموت جمودا على الاطلاق النص والاجماع اقتصارا فى المخرج على معقد الاجماع وهو الموت خاصة كانا ايض متساويين والحاصل ان ضرب الزوج مثل ضرب المعلم فى شمول صورة ترتب الموت لا اشكال بل ولا خلاف ظاهرا فى ضمانهما وتردد المص والمحقق الثانى ونحوهما فى ذلك لا ينافى دعوى عدم الخلاف كما ان المحكى عن المص من تعليل التردد بان الضرب تعزير سائغ فلا يترتب عليه الضمان على ما عن المسالك من انه منصوص بضرب المعلم لكونه ايض تعزير سائغا وامكن الجواب عنه بما ذكرناه من امكان دعوى عموم نفى السبيل فى الاية لضرب المعلم ودعوى اختصاص جواز ضرب الرجل بغير ما يترتب عليه التلف فى صورة ثبوت جناية ما دون النفس ففيه وجوه الضمان مط وعدمه مط وضمان الزوج دون المعلم وضمان المعلم دون الزوج ووجه الكل مما ذكرناه وبينا الموقف تردد فتدبر وتامل وكيف كان فلا ربط لضرب الزوج بضرب المستاجر بل هو بجناية الولى والمعلم اربط وما توهم من انه يستدل على عدم الضمان فيما نحن فيه بان الضرب مستحق على الاجير فلا يكون مضمونا له كضرب الرجل امرائة لسبب على ما ينبغى لان استحقاق الناشى من المعاوضة غير الاستحقاق الناشى من عقد النكاح اذ الاول لا يجوز استثناؤه للزوم التناقض حيث يتوقف عليه استيفاء المعوض بخلاف الثانى فانه يتبع فيه دليله فان لم يكن فيه عموما او اطلاق يشمل صورة الاتلاف والجناية كان مقتضى القاعدة فيه الضمان هذا بعض الكلام فيما يتعلق بالمقام ويأتى بعض اخر فى اخر الباب عند تعرض المص لبعض الفروع هنا امور ينبغى التنبيه عليها الاول ان ما ذكرنا فى الطبيب انما هو فى صورة العلاج بالمباشرة واما اذا كان فى التسبيب كالامر او وصف دواء للمريض وقال ان مرضك كذا ودواؤك كذا فقد صرح غير واحد منهم العلامة فى محكى لمره بالضمان ايض وفيه منع لانه من التسبيب الذى يناط ترتب الضمان عليه بالعد الشرعى او العرفى فلا وجه لضمانه مع كونه باذن المريض او باذنه وليه اذا كان حاذقا بل وان لم يكن حاذقا اذ المباشرة اقوى هنا من السبب والروايات والفتاوى

بضمان الطبيب

بضمان الطبيب غير معلوم الشمول للتسبيب بل لظم منها صورة المباشرة لمعالجة الكحال والبيطار المذكورين فى الفتاوى ايض خصوصا مع ما قيل من تعارف ذلك فى السلف وحدوث كتابة النسخة فى الازمنة المتاخرة فلا داعى للخروج عن الاصل فى ذلك بل لعله جمع فيه فهو اقرب فى الضمان بالسبب وهذا هو القدر المسلم من السيرة التى ادعاها بعض فى عدم ضمان الطبيب فى قبال المنصوص والاجماع والحاصل ان هذه السيرة قابلة بالقياس الى ما هو المتعارف فى هذه الازمنة من عدم مباشرة الطبيب واما مع المباشرة فممنوعة جدا كان عموم ادلة ضمان الطبيب هل اذا كان مانوفا فى التوصيف وكتابة النسخة الواصفة للدواء واما مع عدم الاذن فظاهرهم انه لا اشكال فى الضمان ح خصوصا مع عدم الحذاقة والاقرب الفرق بين المقامات لان وصف الدواء ليس من المباشرة قطعا بل من باب السبب فقد يكون فقد يكون التوصيف هو السبب عرفا كان الاذن من المريض قاصرا وقد لا يكون كما اذا كان المريض او وليه بصيرا عالما بعدم حذاقة الطبيب فاقدم على العمل بقوله فاهلكت فالهلاك مستند الى نفسه لضعف السبب فلا وجه لضمان الطبيب بمجرد قوله وذكر دوائه الثانى ان ما ذكرناه فى اتلاف النفس والجناية عليها يأتى فى اتلاف المال ايض واما الفرق بينه وبين المفصل ان الاذن فيه واقع للضمان مط وفى النفس يتوقف على جواز الاذن واباحته شرعا فلو اذن فى قطع يده مثلا من غير علة لم يجز للماذون فلو قطع ضمن وان امكن ان يقال بارتفاع الحكم الوضعى ونفى الاثم للاذن والماذون لكنه ضعيف لعموم ادلة الاتلاف ولا يعتبر فى النفس من لا صحة فى ذلك واما الكل مال الغير فى المخمصة فهو خارج عن الضمنية بلا اشكال لانه انما اذن فى اتلاف العين ولم يؤذن فى اتلاف القيمة فيبقى ما دل على احترام مال المسلم عينا وقيمة سليما عن المعارض فى خصوص القيمة بل مقتضى القاعدة كون المرجع فى مقدارها رضاء صاحب المال الا القيمة العرفية لان الناس مسلطون على اموالهم ولا يخرج عنه فى المقام بالنسبة الى القيمة

ضمان الطبيب

وهو الضمان م

كذا قيل وكا اولى انه يقال لا اذن له في اتلاف العين لعدم الدليل عليه سوى وجوب حفظ
النفس من باب المقدمة وكما يختص وجوبها بالمباح عنده دون الحرام بل يشمل وبين الحرام
وكذا يختص باقل ما يندفع به الضرورة اذا توقف على الحرام كاكل مال الغير مثلا ومقتضا
الاستلزام بجامع تفضيل المالك من القيمة على تقدير عدم اذنه في الكل ناله والحاصل ان
حفظ النفس اذا توقف على الاضرار بالغير كرها وجب الاقتصار على اقل ضرر ممكن
نظرا الى الوجه المذكور بمقتضى القاعدة اولا وجوب ارضاء المالك ولو بدفع اضعاف
من القيمة فاذا تعذر بامتناعه او بغيبته سقط احترام عين ماله مقدمة لحافظة
النفس المحترمة واما اخلال مال الغير فهو باقية اذ لا ضرورة الى اتلافها اصلا فاتلافها
محرم عليه سواء كان بعدم وقع البدل اصلا او بدفع مال الارض به صاحبها ان
لا يرى وجوب ارضاء المالك ولو باضعاف من القيمة السوقية ما لم يكن فيه اجحاف
بالاكل بل لو كان على احد الوجهين او اقربهما ثالث ما ذكرناه من الضابط في سببية
الاتلاف للضمان تختص به لا يأتي في التلف المترتب على السبب اذ التحقيق فيه ما
حققناه في باب الغصب من عدم ترتب الضمان عليه الا بالعدوان الشرعي او العرفي ولو
كان السبب مما لا حرمة له شرعا ولا فيه ملامة وتوبيخ عرفا لم يترتب عليه الضمان وهذا
هو المستفاد من رواية الشيب وفتاوى الاصحاب وانحنا ه في محله ولو لم يكن سوى
الرواية الواردة في ضمان اتلاف الماشية من التفصيل بين اتلافها ليلا فيضمن صاحبها
ونهارا فلا يضمن كفى بها دليلا على المدعى اذ لا منشأ للفرق الا ان بناء الناس على ربط
الدواب في الليل دون النهار فان اكل الزرع لم يكن على صاحبها شيء لان التفريط هنا
منسوب عرفا الى صاحب الزرع فلا على صاحبها شيء وان اكلت في النهار كان
التفريط من صاحبها فالحكم جريان العادة وتمام الكلام موكول الى بابه ان
هذه المسئلة اعني ضمان الراكب بسبب ضرب الدابة وقعت في خلال فروع شرط معلومية

المنفعة

١٩٦

المنفعة استطرادا وكان المناسب ذكرها في الفصل الثالث الاتي في سياق نظائرها
من مسائل الضمان فلنعد الى ما كنا فيه فنقول ولا يصح اجارة العقار اي الارض
الا بالمشاهدة او بالاشارة الى موضع معين او موصوف بما يرفع الجهالة و
لا يصح اجارته في الذمة ولو مع الوصف فنقول على ظاهر العبارة كان يقال اجرتك
جريبا او اجرا بارضك ... او بما ارض هذه القرية كما لا يجوز بيعها كذلك لما
ينقص من الغرر ولاختلاف منافعها قيمة او رغبة وقيل ان منشأ الغرر هو
اقتضاء المبالغة في التوصيف عزة الوجود والاول اولى وربما يتوهم الخلاف
من القواعد حيث قال ويجب وصفها او مشاهدتها لان اطلاق الاكتفاء
باحد الامرين قائم بخلاف ما ذكره وحمل العبارة على صورة المشاهدة وهو الجزء
الخارجي يؤيد المحكي عن التذكرة من النص على عدم كفاية الوصف في مقام
وعلى الكفاية هنا فالجمع بينهما بما ذكر اولى من الحمل على اختلاف الرأي او
بما هو حوالي البيع من عدم الكفاية وبما هو في باب الدابة للحرث وبما ذكروه في
استيجار لحفر البئر والنهر من لزوم تعيين الارض بالمشاهدة او الوصف المتعلق
بحال الحزن بل قد عرفت ... المذكوره في كفاية الوصف في مسئلة استيجار الدابة
للحرث نظرا الى اختلاف ابعاض الارض رخوة وصلابة وعدم ... هذه الجهالة
الا بالمشاهدة فكيف يجوز الاجارة في الذمة والحاصل ان الاجارة التي تتعلق بالارض
سواء كان تعلقها به بالاصالة كما اذا اجر نفسه للزرع مثلا او بالتبع كما اذا تعلق
بالبئر او بالارض لعمل من حرث او حفر وجب تعيينه في موضع وتوصيفه في ذلك الموضع
ومشاهدته فما صرح به المصنف من فساد اجارته موصوفا في الذمة هو الاصح كانت المسئلة
المتقدمة خلافه كما هو ظاهر بعض او وفاقه كما هو صريح آخر نعم لو رجع وصف
الكلي الى النظر كسهم مشاع من الصبرة او صاعا كليا منه بناء على صحة بيعه كالوقامات ...

متساوية الاجزاء في الصلابة والرخاوة في المنفعة المقصودة من الزرع بها والبناء
او الغرس ونحوها فاجر ثلثها او جريبا منها لم يبعد الصحة فان اراد ثاني الشهيد
من الحكم بكفاية الوصف في الكلية وان الفرق بينه وبين الجزئي غير واضح نحو الغرض
المذكور بما غرض فيه نحو ولا يرد عليه والحاصل ان اجارة الارض المطلق نحو
بيع الكلي الخارجي فيراعى فيها ما يراعى فيه من الشروط ومن هنا يظهر ان التعيين
عندنا اللازمة كما في الكتاب ومن خصائصه فيما اعلم ليس على ما ينبغي لان الذمة انما
تتصور في الكلي المنطقي دون الخارجي وفي هذا نعم الشهادة على كون المراد بكفاية
الوصف خصوص العين الجزئية او لا يتصور الكلية في العقار بمعنى الارض الا
في الخارجي وهو بعيد عن مراد استعمال الارض فانها في الكلي الذهني والجزئي
الخارجي هذا اذا كان المراد بالعقار خصوص الارض وان كان المراد ما يعم البيوت
والشجر كما في [illegible] فيتصور فيه الكلي الذهني كما لا يخفى وهذا الذي ذكرناه في العقار
بخلاف الاستيجار للاعمال كالخياط للخياطة والنساج للنساجة والكاتب
للكتابة لانها اعمال يمكن جعلها في ذمة شخص سواء اشترط المباشرة ام لا بعد
مراعاة رفع الغرر والاجارة والجهالة بالوصف التام الغير الايل الى ندرة
الوجود ثم كانت مقدرة بالعمل لم يجب تعيين الصانع وان استأجره مدة
معينة كيوم او شهر للخياطة ونحوها بان تكون الاجارة فيه مقدرة بالزمان خاصة
فلا بد من تعيين الصانع دفعا للغرر الناشي من تفاوتهم في المنفعة
قلة وكثرة واما مع تعيين العمل كخياطة هذا الثوب وهذا الكتاب فلا يختلف المقدار
باختلافهم ولكن يختلف في الجودة والرداءة والغرر الناشي منهما اكثر خصوصا
في الكتابة فلا بد ايضا من تعيين الخياط والنساج والكاتب وهذا مطرد في
اجارة الاعمال كلها فيا في الاستيجار للبناء والنجارة ايضا ما ذكرناه مضافا

الى ما في كل

الى ما في ظل العمل من الجهالة المختصة به الباعثة على التوصيف ومراد النص قده بالتفاوت
هو التفاوت في المقدار حيث دل بمفهوم العبارة على عدم لزوم تعيينه اذا استأجره
لعمل معين في محل معين من غير التقدير بالمدة اذ لو كان المراد مطلق التفاوت حتى في
الجودة وسائر الصفات كانت العبارة محلا للمؤاخذة كما نبه عليه في المسالك و
مع ذلك فيغرضها لم يجب اهمال اعتبار تعيينه في المقدر بالعمل ايضا من حيث
التفاوت في الاوصاف اللهم الا ان لا يكون معتمدا على المسائل الماضية لان لزوم
التعيين من هذه الجهة مستفاد منها وفيه ما لا يخفى اما اولا فلان المنطوق لم يكن
اخفى من مفهومه حتى يكون تمام عنده بالبيان واما ثانيا فلزوم التعبير الصحيح بغير
الشرط الدال على خلاف المقصود واذا استأجره لحفر بئر لم يكن بد ايضا من
تعيين الارض اما بالمشاهدة او بالوصف على نحو ما عرفت في استيجار الارض
للحرث ويأتي هنا الخلاف في الاكتفاء بالوصف هناك فعن التذكرة والقواعد
عدم كفاية الوصف هنا كما استشكل فيه في ارض الحرث في محكي التذكرة وعن الارشاد
الاطلاق اعتبار التعيين كالمتن مع التصريح بعدم كفايته في ارض الحرث ويحكي
الفرق بين المقامين بكفاية المشاهدة في ارض الحرث دون البئر لان الغرض
غالبا [illegible] باختلاف الباطن القريب من الظاهر دون البعيد وكذا لا
بد من تعيين قدر نزولها وسعتها كل ذلك للغرر المنهي عنه فلو حفرها
فانهارت اي انهدمت جميع جوانبها او بعضها لم يلزم الاجير ازالته وكان
ذلك الى المالك المستأجر لامتثال الاجير ما عليه من العمل فلا يستحق
عليه شيء الا بعقد جديد ولو سقط من التراب المرفوع شيء فان كان بتقصير
في الابعاد المستحق عليه عرفا وجب عليه الازالة والا فلا كما لو وقع حجر عظيم
من خارج والمراد بالاستحقاق عليه عرفا ان يكون العادة جارية على تبعد التراب

عن البئر مقدار من البعد فلو لم يكن عادة اصلا لم يجب عليه الا الازالة ولو حفر بعض ما وجب
عليه من البئر ثم تعذر الباقي اما لصعوبة الارض او مرض الاجير او نحو ذلك قوم حفرها
جميعا وقوم ما حفر منها ورجع المستاجر عليه ان كان قد دفع تمام الاجرة بنسبة
اي بنسبة تفاوت ما بين القيمتين من الاجرة المسماة ويحتمل رجوع الضمير المستتر
في رجع الى الاجير وهو بعيد لان الانسب ح ان يقول استحق عليه كذا الا ان
يقول رجع اذ الرجوع هو العود الغير اللائق بالمقام ومثل البعد فسر الاجرة
باجرة المثل مع ان استعمال من في الخطا ما يقتضيه تعلقه بالنسبة ابلغ مخالف
لظاهره وربما يتوهم لزوم التقدير على الاول ايضا لان المعنى ح انما اخذ من الم
بنسبة ما عمل الى المجموع ويدفعه ان ضمير بنسبة راجع الى التفاوت المدلول عليه
بالمقام كما فسرنا فلا تقدير وطريق معرفة النسبة في مختلف الاجزاء متفقها
ان ينسب اجرة مثل ما عمل الى اجرة مثل المجموع فيستحق الاجير من المسماة بتلك
النسبة ويرجع المستاجر بالباقي وفي خصوص متفق الاجزاء في الاجرة
في الاجرة طريق اخر وهو ان ينسب ما عمل الى ما بقي ويؤخذ من الاجرة بتلك
النسبة فلو استاجره على حفر بئر عشرة اذرع في الابعاد الثلاثة كان له
منها الثمن لان النسبة بين المحفور وبين الباقي الثمن لانه لم يحفر من
النصف الاسفل شيئا وهو الاربعة اثمان ولا من النصف الاعلى وهو اثمانه
الثلاثة شيئا الا نصف عشرة في عشرة والمفروض انه لم يحفر الا خمسة في خمسة
ولا من النصف الاخر الا النصف وهو الثمن فلم يبق له سوى الثمن لان نصف
النصف خمسة في عشرة فاذا كان المحفور خمسة في خمسة كان نصف
من النصف هذا بحسب الاعتبار واما ما يقتضيه قواعد الحساب في معرفة
مقدار المكسور في المساحة فهو ان يلاحظ النسبة بين المضروب لتمام العمل

والمضروب

والمضروب ما حفر فمضروب العشرة في الابعاد الثلاثة الف ومضروب الخمسة
في الابعاد كذلك مائة وخمسة وعشرون وهو ثمن الالف وهذا هو المعروف بين
الاصحاب في المسئلة وفي اخر مسئلة من النهاية للعلامة عزى الى الشيخ انه عمل في
النهاية بمضمون رواية ابن محمد بن شعيب [illegible] عن الوفاء قال سئل ابا عبد الله عن رجل
قبل رجلا يحفر بئرا عشر قامات بعشرة دراهم فحفر له قامة ثم عجز قال يقسم عشرة على خمسة
وخمسين جزءا فما اصاب واحدا فهو للقامة الاولى والاثنين للاثنين [illegible] للعاشرة لتحقق
المقابلة بين العوضين حسبما انتهى [illegible] في الصحيح
والقاعدة [illegible] العمل يختلف باختلاف المنفعة واختلاف الاجرة [illegible]
ما اذا تناسب [illegible] على وجه تكون القامة الاولى نصف [illegible] الثانية في الاجرة من [illegible]
المتعقد [illegible] ذلك لا ينطبق على القاعدة لان مقتضاها في منفعة اجزائها
[illegible] ان يلاحظ النسبة بين [illegible] الباقي ويؤخذ من الاجرة بتلك
النسبة [illegible] على وجه تكون [illegible] منفعة [illegible] ثم ان يعطي القامة
الاولى عشر الاجرة حسبما يقتضيه تلك القاعدة [illegible] في مورد الرواية دون
الاول [illegible] واردة في واقعة خاصة [illegible] ناسبا للقاعدة
[illegible] مع [illegible] ان الشيخ نسب [illegible] الى الرواية في [illegible]
[illegible] في المبسوط ثم [illegible] على مورد [illegible] فلو كان المستأ
جر عليه [illegible] بالقاعدة لا بالرواية ولو بقينا [illegible] فالمقرر رجوعه
قاعدة تعيد بتحاصلها ان تقسط الاجرة على المستاجر عليه كما تقسط العدد على الاعداد
المتداخلة دون المتباينة وله طرق ثلث الاول ان يجمع الاعداد المتقدمة عليها وينظر الى
المجموع فيقسم عليها العدد المقسوم والثاني ان يضاف اقل العدد وهو الواحد الى الاعداد
المقسوم عليها ثم يضرب نصف المجموع في تلك الاعداد فتوزع عليه الاجرة والثالث

ان تضرب تلك الامثال على اعداد المقسم عليها ثم تضرب ثم تقسمها ثم تزاد على الحاصل جزء

وهو كامل للمضروب ثم ينقص المجموع فيقسم عليها الاعداد المقسومة فاذا اردنا ان نقسم

عشرة دراهم على عشرة ما عينا اعداد العشرة وهى خمس وخمسون وينقسم عليها الاجر عشرة دراهم

وهذا مقتضى الطريق الاول الذى ذكرناه اولا او نزيد على عشرة قامات واحد ثم نضرب نصفها فى

العشرة فيبلغ الحاصل الى خمس وخمسين او نضرب العشرة فى نفسها فيصير مائة ثم نزيد عليها

جذرها وهى العدد المضروب وهى العشرة ثم نقسم نصفين فيبلغ الى خمسة وخمسين والحاصل

ان يحصل الرواية تقسيط الاجزاء على العمل اذا كان اعداده متداخلة وهذا اصل معتبر فى

تقسيم كل عدد على كل متداخل دون المتباين لان تقسيم العشرة على العشرة مع عدم التداخل

هو ان يعطى كل واحد واحد ومع التداخل ان يعطى الاول درهم واحد ويعطى الثانى ضعفه و

هكذا فلو كانت الاجرة عشرة دراهم والعمل خمس قامات قسمت الدراهم خمسة عشر جزءا فيعطى

القامات للواحد والحد للاثنين ضعفه وهكذا ولو كان اربع قامات لعطى القامة الاولى

درهم والثانية درهمان وهكذا لما ذكرناه من الضابط ويجوز استيجار المرأة للرضاع

مدة معينة باذن زوجها وهذا فى الجملة اجماعى وقد ادعاه فى محكى الخلاف [illegible] و

غيرهما واما المناط [illegible] فى انها موافقة للقاعدة او مخالفة لها ثابتة بالدليل ويظهر الثمرة

فى التعدى الى نظائر المسئلة مما يكون فائدة الاجارة فيه نقل العين والمنفعة فعلى الاول

يتعدى وعلى الثانى يتبع نظر الفقيه فى فهم المناط وفهمها رضا فهم ونظائرها كثيرة

كاستيجار النحل للعسل واستيجار الصباغ للصبغ واستيجار الكاتب فى الكتابة من المداد

لا من مداد المستاجر واستيجار الكحال للاكتحال لا بكحل المستاجر واستيجار الحمام للاستحمام

والبئر للاستقاء واستيجار الشاة والمعز والبقر والحمار والبعير للانتفاع بلبنها والضابط ان ما

ذكرناه من نقص الاجارة للاتلاف يعنى لا لانتقاله الى المستاجر اولا ستيجار الحناط

الخياط بخيطه وتوضيح المقام يستدعى نقل الكلام الى بيان الاقسام لان استيجار

فيكون

٢٠١

جواب مفهوماته

فيكون للحضانة خاصة وللحمل جزء من الافعال وقد يكون للرضاع خاصة مجردا عن

المقدمات وقد يكون لجميعها اما الاول فلا اشكال فى صحتها وفى الاجماع صريحا

جزءا وعن التذكرة الا ان هذا ليس من استيجار للرضاع بالحقيقة عندنا لا يترتب عليه

المقصود وهو ارتضاع الصبى الا ان يضم اليها وضع الثدى فى فمه اوقات

مثل اللبن حال الكون سالا عن جميع موانع الاستقاء مراعيا فيه ضبط الاوقات على

وجه سالم من الضرر وهذا ليس مراد الاصحاب قطعا لما فيه من الضيق المنافى للمقصود

وهو تسهيل امر الاستئجار فى امر الصبيان وخروجه من المتعارف بين الناس فى استيجار

المرضعة والطبائع على القاعدة [illegible] على شك [illegible] والحقوق الثابتة

وامثالها [illegible] مع انهم اختلفوا فيه اشد اختلاف [illegible] مضطرب فيها

[illegible] الاول [illegible] بعضها والحاصل ان عنده الصبغ لا

ينبغى الاشكال فى انطباقها على القاعدة اذ انها المقصود فى النظائر المشار اليها الا

فى مثل الصبغ والاكتحال والخياطة وفى الجملة فعل الاجير [illegible]

وامثالها مع ان غير واحد صرح بالتعدى [illegible] فى القواعد كما عن [illegible]

والتحرير والحواشى والايضاح وجامع المقاصد الاقرب الجواز وقيل انه [illegible]

وظاهرهم اطلاق الخلاف [illegible] وغيرها وقيل بالمنع ووجه

المنع ما اشار اليه فى محكى جامع المقاصد من ان الاجارة مشروعة [illegible] دون الاعيان

واللبن من الاعيان مع انه محصول لا يجوز نقله للعين وربما يستفاد المنع من بعض

المحكى [illegible] الا انه خلاف [illegible] انما هو اذا اقصر

الاجارة على شرب اللبن على الصبى وقطع عنه ووضعه فى الحجر وهو الذى فى قول

العلامة من المجوزين لنقل الاعيان بالاجارة [illegible] فيجب لا يختلف بعد ما

ذلك لان هذا الفعل وحده غير مقصود من دون اللبن بل المقصود [illegible]

اشهرهما ان ظاهره ان الحكم عندنا هو الفساد سواء قصد بالاجارة على صرف اللبن او ادخل معه
الوضع في الحجر ونحوه من الافعال وظاهر المسالك ايضا عدم الجواز بدون ضم الافعال كما انّ
ثم ان القائلين بالصحة اختلفوا في كونه على القاعدة او على خلافها فالذي صرح به في موضع من محكي
كره ويحكى عن [illegible] الايضاح وجامع المقاصد [illegible] حيث قال [illegible] في الاستدلال
على [illegible] العقد على الرضاع دون [illegible] عقده [illegible] بالاصالة [illegible] انه
فعل المرأة واللبن مستحق بالتبعية وزاد في الثاني تعليله بنسبة ذلك الى التحقيق فانه
ان هذا [illegible] لانها دالة على [illegible] الا [illegible] وقيل انه على خلاف
القاعدة لان اللبن مقصود بالاصالة ونسبة التابعية [illegible] مستحق بالتبع [illegible]
وثانيها تعرضوه عما نقلناه عن التذكرة اتفاق قبال الشافعية ومن جامع المقاصد [illegible]
الاعتراف بذلك ثم لا يخفى عليك ما في [illegible] العلامة من التهافت والاضطراب
حيث انهما [illegible] يوجهون الجواز بان مورد العقد هو الفعل واللبن [illegible] بالتبع
وتارة [illegible] بانه مقصود بالاصالة لا يصلح دخوله في الاجارة [illegible]
على [illegible] القاعدة الاجارة استدل عليه [illegible] بالاية وبالماثور عن [illegible]
لانه استرضع لولده ابراهيم وكذا الائمة عليهم السلام استرضعوا لاولادهم ووجه
الاستدلال بالاية وهو قوله تعالى فان ارضعن لكم فاتوهن اجورهن انه تعالى اطلق
اسم الاجرة على ما يقابل الرضاع [illegible] فيكون الاستيجار فيه جائزا وفيه منع
الملازمة لان الاجرة هو العوض وكون الرضاع مما له العوض لا يقتضي جواز الاستيجار
بل لابد فيه من ملاحظة شروطها فاذا فرضنا انتفاءها كلا او بعضها فكيف يحكم
بصحتها ولو دلالة [illegible] على سقوط الاشتراط في خصوص المقام فغاية ما يثبت
منها كون الرضاع امرا سائغا مشروعا ولو [illegible] وهذا اعم من جواز الاستيجار عليها
لجواز عدم قابليته للاجارة لما فيه من اتلاف العين ولزوم التوسل اليه بسبب آخر

كالصلح

كالصلح او الاباحة ولو بعوض او غيرهما ومما ذكرنا ظهر الجواب عن فعل النبي صلى الله عليه
والائمة عليهم السلام اذ لم يعلم انهم استاجروا بل الثابت انهم استرضعوا والكلام
في جوازه بل في جواز الاستيجار وقد يستدل على الجواز ايضا بالقواعد وكره والايضاح
وغيرها وربما عزى الى الشهيد بمسيس الحاجة والعسر والحرج للنفسين بالاية
والاخبار ومما ذكرنا ظهر الجواب عنه ايضا لان الحاجة لا تشرع خصوص عقد من العقود
وبعد امكان الصلح والاباحة بعوض ونحوهما واما الثالث اعني ما لو قصد الفعل
واللبن معا ففي الايضاح والحواشي وجامع المقاصد استحسانه وفي المسالك
ان الاجود ان المقصود مجموع ما ذكر من المنافع مع عين اللبن وجواز [illegible] مع ان
تعلق [illegible] عين ذاهبة للبن وهو لا ينه وفعل النبي [illegible] قلت النظر لله
ما في ظاهره من التهافت والاضطراب حتى يبلغ الى الثلث فتارة يجعلون
المقصود بالذات هو الفعل واخرى هو اللبن وثالثا هو المجموع ومما ذكرنا
ظهر فساد الثالث ايضا بل هو اسوأ لان الاجارة غير صالحة لنقل العين الا انها
فكيف يكون اجود الاحتمالات ثم الاية وفعل النبي ص كيف لا يدلان على هذا لكن
هو خارج عن حقيقة الاجارة مع ما عرفت من عدم دلالتهما على جواز الاستيجار
راسا فضلا عن جوازه على هذا الوجه الغير المعقول واحتمال كون هذا اجارة وبيعا
بصيغة واحدة فيرتفع الاشكال اذ لا خلاف في جواز تعاقد الاجارة والبيع بعقد
واحد كما لو قال اجرتك هذه الدابة وبعتك هذا الثوب بعشرة دراهم مدفوع اولا
بمنافاته لقوله مع ان بعض متعلقها عين ذاهبة اذ هو صريح في ان هنا ليس الا عقد
واحد وهو الاجارة وان تعلقت بنقل العين وقامت مقام البيع وثانيا ان جوازه
على هذا الوجه للقاعدة لا للنص وفعل النبي ص وثالثا ان اللبن مجهول لا يجوز
بيعه بصيغة منفردة وكذا بصيغة جامعة بينه وبين الاجارة اذ لا خلاف في شروط

البيع ولا شروط غيره من العقود باختلاف الصيغ نعم وجه الامتناع على تقدير كون المقصود
مجموع الافعال واللبن جعله عقدا مستقلا لا اجارة ولا بيعا ولا هما معا والاستدلال
على جوازه بالعموم مثل قوله تعم اوفوا بالعقود ونظيرها عن بعض في مسئلة نقل احد
الشريكين في الزرع حصته لاخر بشيء من كون التقبل عقدا مستقلا لا بيعا واجارة
حتى يكون فاسدا مستندا عليه بظاهر بعض اخبار التقبل كقوله ع لا باس في خراف
سئل عن تقبل الحد عما والحاصل ان الاستيجار للارضاع لا يجب ان يكون اجارة
حقيقية ولا بيعا كذلك ولا هما معا لجواز ان يكون عنوانا مستقلا ثابتا بالعموم
وخصوص الادلة المشار اليها نظير التقبل على ما ذهب اليه بعض لكن الاتفاق المعتمد
بين فساده ايضا اما اولا فلان استقلال العنوان فرع مغايرة مفهومه عن مفهوم
الاجارة ونحن لا نتعقل في المقام سوى الاجارة الى البيع وهما معا لو منحصران حقيقة
الاجارة هي نقل المنفعة وحقيقة البيع هي نقل العين فان كان المقصود من الاستيجار
للرضاع خصوص الافعال كانت اجارة وان كان خصوص اللبن كان بيعا وكان
هما معا اجارة بالقياس الى المنافع وبيعا بالقياس الى العين فلابد من مراعاة شروطهما
معا ومجرد اجتماع نقل المنفعة ونقل العين في عبارة العقد حقيقة او مجازا لا يخرجهما
عن حقيقتهما مع ان البيع لا يصح بلفظ الاجارة ولا الاجارة بلفظ البيع فلابد من ذكر اللفظين
فيخرج عن المبحوث عنه وهو الاستيجار خاصة نعم لو اعتبر في معنى الاجارة نقل المنفعة بشرط
لا او في معنى البيع نقل العين كذلك كان هذا حقيقة ثالثة لكن وضوح فساده يغني عن
بيانه ولا لزم فساد جميع الاجارات والبيع بعقد واحد واما ثانيا فلان النهي عن
الغرر على ما نقول عنه مخصص لجميع المعاوضات فكيف يجوز مع جهالة اللبن او لو
جعل الاية والتاسي دليلين على اغتفار الجهالة هنا للضرورة نظرا الى كونهما اخص
من ادلة الغرر ففيه انه لو قلنا بانه بيع واجارة امكن ذلك كما خرجنا عنه في غير موضع

لادلة خاصة

لادلة خاصة فلا فائدة في جعله عقدا مستقلا مع عدم تعقل عنوان مغاير لعنوانها
واما ثالثا فلما عرفنا الانحصار من مذهب الاصحاب وخروجه عما ذكروه الاتفاق عليه من
حصر العقود في العقود المعهودة المتعارفة كما لا يخفى على من تامل في كلماتهم في عدة
العقود مضافا الى ما هو المعلوم من محافظتهم في الكتب الفقهية والتصانيف المبسوطة
على الحصر المذكور الا ترى انهم لا يجوزون عقدا اخر بل يحكمون بفساده فنقلوا انهم فارغون
عن انحصار العقود في العقود المتعارفة فلم يكن حكمهم بالفساد وجيها في غاية تماما
قيام الاجماع على لزوم المزارعة والعقود اللازمة ولا يقتضي سوى فساد كونه بيعا لا رابعا
وفساده معا ومنفردا من جهة ضرورة مراعاة الصيغة بالقياس الى مدلولها المطابقي
الذي لا ربط بها واما الاستشهاد بقوله بعض في مسئلة التقبل فهو مردود على ما
لان الروايات الواردة في شرعية اصل التقبل لا في بيان حقيقته ما به تحقق التقبل فلابد في
[illegible] من الرجوع الى الادلة الا شيئا فان ساعد بعضها عمل به ولست في مقام
بيان سببية التقبل حتى يدل على كونه عقدا مستقلا وسببا مغايرا للاسباب
المعهودة وعلى فرضه لا دلالة عليه فرجحنا الفرق لاصول المذهب بعد ما عرفت من
الاتفاق على الانحصار فلا يمكن الركون اليها ثم في قياس المقام عليه ما يرى لعدم
الدليل على كون الاستيجار للرضاع عقدا مستقلا لما عرفت من وجوه الخدشة في
الادلة المذكورة فظهر ان هذا الوجه ثم لا راعيه وبلا نضاف في تحقيق المقام
هو ما افاده الاعلام العلامة والمحقق والشهيد الثاني وغيرهم من كون متعلق
عقد الاجارة هو الفعل واستحقاق اللبن على المواثبة تبعا واما الايراد عليهم بان
اللبن مقصود بالاصالة فليس بشيء لما في المسالك من ان قيمته اقل من قيمة
الافعال وان كان مقصودا من جهة الخلاف ظاهرهم غير مستقيم ولا نفهمه بل لانه
التابع هما كان مستحقا عليه مقدمة لتسليم العمل او لشرطه ضمني والمرجع في ذلك هو

ايع و ابطره بل ... كونه عقدا ... في الصرف ... في ... شبهه ... لا يعقل ... في ... انعقاده
[illegible]

هو العرف لكن هذا مبني على كون متعلق العقد غير الافعال التي زعموها اعني الحضانة
ووضع الثدي في فم الصبي وغسل الخرقة واشالها بل هو الارضاع الذي جعلوه منفهومه فانه
لها مقدور للمرأة مستأجر له ويستحق عليها اتلاف ما في ثديه من اللبن تبعا
من باب المقدمة وهو غير الاستيجار للافعال المذكورة وان توقف عليها ومثل
هذا ايضا ما في ضراب الفحل فان المستأجر عليه فيه هو ادخال ماء الفحل في رحم الانثى
ولا ريبة بلوغ العين الماء كما لو استأجر احد على سقي الزرع من ماء مملوك له فان
متعلق العقد هو السقي وان استلزم ايجاره اتلاف مائه ويمكن المناقشة فيه
بان استيجار الفحل للضراب ليس مقصورا على ما لو وقع العقد على مباشرة صاحب
الفحل ليكون متعلق العقد هو الادخال الذي هو فعله ويرجع الى استيجار الآدمي
للعمل بخلاف الاستيجار للارضاع فانه مقصود على صورة مباشرة المرأة ولو
اشترط عدم المباشرة وكان المقصود صرف اللبن كان فاسدا فاذكره بعض
مشايخنا قده من ان هذا هو محل البحث وانه لا اشكال في بعض صورة النص و
الاجماع ممنوع عليه اشد المنع ويمكن الجواب بان الفحل له منفعة عرفا وهو جماعه مع
الانثى وهذا لا ينافي في كون الموصل هو المستأجر نظير الدار فان لها منفعة هي السكنى
وان كان الساكن هو المستأجر فيستأجر الفحل ويملك المستأجر منفعته وهو جريان
مائه الى رحم الانثى وكذا ايضا في اجارة الحمام فانه لا استحمام والتنظيف والغسل ونحوها
واما استعمال مائه فيستحق على الحمامي تبعا او مقدمة لتسليم المنفعة كما يستحق منفعة
البئر والبالوعة في اجارة الدار على صاحبها مثل استحقاق اتلاف اللبن والنطفة
والماء على المرأة وصاحب الفحل والسقاء من غير فرق الا ان الثانية بلا استحقاق
بالاجارة وضراب الفحل عقلي ناشئ من حكم العقل بوجوب المقدمة واستحقاق الماء في
الاستحمام عادي ناشئ من جريان العادة وفي السقي جعلي ناشئ من الشرط في العقد

والحاصل

فان سبيل العقد فيه اي منفعة هذه
الاجارة الدار الا ان منفعتها
السكنى ومنفعة الحمام ...

استخارهٔ
للارضاع

٢٠١

والحاصل انه لا شبهة في جواز تعليل المنافع والاعمال بعقد الاجارة بل انما نشرعت الاجارة
لذلك ولا في اشتراط كونها مقدور التسليم فاذا كان العمل مقدورا ومعلوما ولو كان قليل
الاجرة لكون ذلك في صحة الاجارة لذلك ولا يلتفت بعد ذلك الى كون المقصود
الاصلي الباعث على اصل الاجارة هو نفس العمل والشيء يترتب عليه من الفوائد
فقد يكون نفس العمل هو المقصود الاصلي الاستيجار للصوم والصلوة وتلاوة
القرآن والسير للتنزه والتفرج ونحو ذلك من الاعمال والمنافع التي هي بنفسها
غرض للمستأجر وقد يكون المقصود بالاصالة ما يترتب عليه من الفوائد ويكون
مطلوبية العمل الذي هو متعلق العقد بالقياس الى الفائدة المترتبة عليه مطلوبية المقدمة
وهذا هو الغالب في الاستيجار للاعمال كالخياطة والحفر والبناء والكتابة وامثالها
لان الافعال التي يتعلق بها الاجارة في هذه المواضع وامثالها غير مقصودة بالذات
بل لكونها اسبابا للوجود الصفات والاعراض المترتبة عليها وقد يكون الغرض
هو امرا كما لو استأجر دابة الى مكان وكان الغرض منه السير والوصول الى ذلك المكان
معا والاشتباه في المسئلة انما جاء من عدم فهم ان كون وصول اللبن الى معدة
الصبي مقصودا ينافي استحقاقه على المرأة تبعا وتوضيح المقام ان تسليم العمل اذا توقف
على امر خارج من مفهومه لوحظ الشرط فان كان استيفاء العمل متوقفا عليه عقلا
كان العقد كافيا في استحقاقه على الموجود الا بعد الشرط فان اشترط على الموجر كان
عليه مثل الاشتراط جريان العادة على كونه بعهدة الموجر وان لم يشترط ولا
اقتضت العادة كان ذلك على المستأجر وليس على الاجير شيء سوى الكفني وتسليم
نفسه مثال الاول ما نحن فيه فان العمل المستأجر عليه هو الارضاع اي ايصال اللبن
من ثدي المرضعة الى معدة الصبي واللبن امر خارج عن مفهومه لكن يتوقف تسليم
العمل اي الارضاع على اتلاف اللبن فهو مستحق على المرأة تبعا بمعنى خروجه عن ملك

الاجارة

العقد الذي هو الارضاع وتوقف تسليمه على اتلافه ومثل استيجار الفحل للضراب فان
المملوك بالعقد هو منفعة الفحل وهو جماعه مع الانثى ونزوه عليها وجريان مائه في
رحم الانثى لكن استيفاء هذه المنفعة يستلزم اتلاف النطفة هذا اذا قلنا بعدم تمول
النطفة ولو انتقلت الى رحم انثى والا كانت من القسم الثالث الاتي ومثال الثاني
في اجارة الحمام فان له منفعة الدار وهو الدخول والجلوس فيه المتلطف اذا نوى
الارتماس منه وسائر فوائده واستيفاء هذه المنفعة تتوقف على اتلاف الماء لو
يستلزمه وقد يتوقف على شيء من اعمال الدلاك واعمال السطل ونحوه من الالات لكن
يسلمها اليه تسليم الدار للسكنى فلا يجب على الحمامي الماء ولا سائر الاعمال الا انها
ولو ضمنا مستفادا من قضاء العرف والعادة فليس اجارة الحمام الا كاجارة الدار
ولا يتوقف استيفاء منفعته على تلف الماء او استلزامه لم يكن توقف استيفاء
منفعة الدار عليه تلفه ولا على عدم وجوب الماء وسائر الالات على الحمامي الا بالشرط
او بفضل العادة الا كعدم وجوب الماء واخراج الزبالة على صاحب الدار الا بالشرط او
قضاء العادة فليس اجارة الحمام اشكال ومنافاة لحقيقة الاجارة حتى يتعلق في اثبات
شرعيتها بالاجماع او الضرورة كما في الايضاح والحواشي وربما اشكل فيه من جهة
جهالة المدة وكانه يشير اليه ما في المحقق الثاني حيث قال لو استأجر حماما شهرا
وشرط دخول الماء مدة مجاز انتهى حيث اعتبر تعيين المدة بحفظها من الجهالة وهو حسن
فانا انما نجوزه مع عدم الشرط ودعوى منافاته لسيرة الناس لانهم على عدم تعيين
زمان الجلوس والدخول في الماء مدفوعة بانها نظير سيرتهم على معاطاة البيع من دون
مراعاة الشروط مع الاتفاق على فسادها كما في مفتاح الكرامة من الايراد
على العلامة بجهالة المدة ليس شيئا مثل ايراد الاخرين احدهما انه شرط البائع ان
يكون مقصودا بالعرض واستعمال الماء في الحمام ليس كذلك اذ عرفت ما فيه من

الالتباس

منفعه

الالتباس والخلط بين ما هو مقصود بالذات في متعلق العقد وما هو تبع فيه
الغرض الباعث عليها وثانيهما انا لا ندري كيف يوقع عقد الاجارة فانه اذا اجر الاول داخل
كيف يتصور اجارة الاخر داخل قلت اذا المستأجر الاول داخل مثلا ليس هو بعين الحمام
ولا يتطلب ايجابا للجهالة بل هو ثمنه ونحوه فاذا اجره الاول داخل فكيف يوجر ثانيا
لغيره وهذا الاشكال اقوى من اخويه والجواب ان غرضنا وقع لا اشكال من جهة لزوم
بعض متعلق الاجارة تبنا دائما وهذا يرتفع باشتغاله التي صرح بها في القواعد
كما اوضحناه واما الاشكال من الجهة المذكورة فلا اشكال فيه من دفعه اما بالالتزام
بالموجب وهو خروج ما هو متعارف بين الناس في الحمام من الاجارة ونوعها من
الاباحة بالعوض كما قيل او بدعوى اغتفار الغرر والجهالة مع اختيار كون متعلق
الاجارة هو بعض الحمام للضرورة وسائر الحاجة كما اغتفر في غير موضع
وقد صرح الشهيد في حكى القواعد امور يشرع منها بيع البيض والبطيخ ونحوهما في
قشورها من موارد اغتفار الغرر بقاعدة نفي العسر والحرج وانكانه فيما ذكره نائل
نظرا الى ان المصحح للبيع في الامور المذكورة انما هو اصالة الصحة ثم ما ذكرناه في حمام
صرح ما في اللباب واليه يشير بعض كلماتهم منها ما في القواعد منها ما حكيناه عن
جامع المقاصد وحاصله ان الاجارة متعلقة بمنفعة الحمام ونحو الجلوس والغسل و
التنظيف وعين الماء مستحق عليه تبعا اي بالشرط الضمني والجهالة في متعلق العقد
مغتفرة للضرورة وهنا وجوه اخر لا تخلو عن بحث وفساد ومنها ان الاجارة متعلقة
بعين الماء على خلاف القاعدة شرعت للمسيس والضرورة والحاجة وقد عرفت نقله
عن الايضاح والحواشي وعرفت ما فيه من الفساد ومنها انها تعلقت بالسطل والا
لات وحفظ الحمامي للثياب وعين الماء تطوع من الحمامي وهذا الاحتمال ذكرها
في الحكي عن موضع عن التذكرة حيث قال في موضع منه مثل ما عرفت من الايضاح و

ونقل منها ... لعين الماء
... البيع ومنافع ...
... الثياب بتطوع ...

والحرانه منان بعض الاعيان ببتنا ولها عقد الجاره للحاجه والضروره كاستيجار
الحمام المشتمل على استعمال الماء واتلافه ثم قال فى موضع اخر بعد ذلك هل المدفوع
الى الحمامى ثمن الماء وتطوع بحفظ الثياب واعادة السطل او المدفوع اجرة الحمامى
معلومة واما منفعة الماء فهى الاغتسال بالارتماس فيه ولا يقدح فيه تلف بعضه
الذى يلزق ببدن المغتسل لانه كتلف الدار والثياب باستعمالها كذا فى تسالك
من الماء يجرى مجرى اللبس من الثياب والسكنى فى الدار وهذا واضح واما تلفه باستعماله فى التنظيف فهو ايضا منزلة النداوة اللاصقة ببدن المغتسل بعد انفكاك
العين المستاجرة هى عين ماء الحمام باقية وهنا تحريج فهم من كلام بعض مشايخنا
فتدبر وتامل وليس فيه كل البعد مثال الثالث استيجار الخياط للخياطة
واستيجار الساقى لسقى الزرع والبستان وهل يتبع فيه الشرط فى العقد اذ لا
نوقف على ولا تعارف عادى يقضى باستحقاق الخيط على الموجر استحق عليه والا
فعلى المستاجر وان لم يشترط فهو يبطل العقد وانه يجب على المستاجر تحصيله
او يكون على الموجر كالوجوب المقدمه او على المستاجر لخروجه عن متعلق العقد فيكون
حاله كحال محل العمل من الثوب ونحوه وجوه اقويها اخرها وفاقا للمحكى عن التذكرة
قال ولو استاجر ورآها احتمل الرجوع الى العادة وجب البيان والا بطل العقد
وانه يجب على المستاجر لان الاعيان لا تستحق بالاجارة ولجواز اللبن للضرورة
على خلاف القياس فانه لا ينفرد بالبيع قبل الحلب لبطلانه ولا يتبعه لعدم
انتفاع الطفل به انتهى وهذا ايضا من المواضع التى جعل فيها اللبن على خلاف
القاعدة وانه يجب على المستاجر لو قيل ويحتمل قويا ان يكون او مكانه وان بناه
على الاحتمال الثانى وقال بعد ذلك ما نصه كالعلم ما حكى عنه اذا استاجر الوراق والصباغ وملقح النخل والكحال فالقول فى الخيط والصبغ وطلع النخل

والزوود

٣ ان شرط على الموجر

والزوود كما قلنا فى الجزء الاول الثالث على العادة فان اختلف ولم تكن عادة فعلى المستاجر
دون المالك انتهى وعن شيخنا العلامة رفع الله مقامه فى بعض تحقيقاته اختيار الا
حتمال الثانى من وجوب المقدمة وكانه لسقوطه وضعفه عن العلامة فصحح على احتمال
البطلان او كونه على المستاجر ولم يلتفت الى احتمال الزامه على الاجير اصلا فرق بين الخيط
والخياطة فى الثوب فى خروجها عن متعلق العقد وكونهما مقدمة لتسليمه ليس
على الاجير نفس الثوب فكذا ليس عليه الخيط ودعوى استناد خروج الثوب الى العادة
والا لقلنا بكونه على الاجير ايضا كالخيط واضح الفساد واما المحل فهو وان جوز
العمل مشروط بوجود المقدمات فليس على الاجير سوى تسليم نفسه للعمل فان ابى
المستاجر عن استيفائه ولو بالامتناع عن بعض مقدماته حصل التسليم المعتبر
فى العقد فيه واستحق مطالبة الاجير على المستاجر كما مر فى نظيرها لو استاجر لحلق
الرأس او لقلع الضرس وامتنع المستاجر عن الاستيفاء وكذا انقضت المدة
فان قلت مقتضى اطلاق العقد عدم الاشتراط وهو مقدم على اطلاق العقد
كما لا يخفى لان الخياطة وكون وجوب تسليم العمل مشروطا بايجاد المستاجر المقدمة
الموقوف عليها قلنا اولا ان اطلاق الموضوع وهو العمل المعقود عليه قاض با
الاشتراط وهو مقدم على اطلاق العقد كما لا يخفى لان الخياطة مطلقة لها فردان
احدهما ان يكون بخيط الخياط والثانى ان يكون بخيط المالك فان اراد الخياط
تسليم فرد منها ذالك وليس للمستاجر الامتناع عن القبول بمعنى كفاية ذلك
فى استقرار الاجرة وثانيا ان الاطلاق عبارة عن عدم التعيين لا تعيين نوع
العمل بعينه للوجود وعدم المقتضى لا يوجب واصل الصحة قاض بالاشتراط
لكن هذا مبنى على صلاحية اصالة الصحة الحاكمة على اصالة الاطلاق او العموم
فان لم نقل به فالمتعين هو الاحتمال الاول اعنى البطلان ثم لو قلنا بان اطلاق

العقد يقتضي وجوب مقدمات ما على الموجر التي منها استعمال ما هي من اعيانها الفعل
ينتقل تلك المعين الى المستاجر بنفس العقد وهي باقية في ملك الموجر وجهات المرمة
المتالي لاصالة عدم الانتفاء مع انتفاء سببه الا ان يشترط ذلك في العقد او يقتضي
به العادة فالاجير للبناء ان استعمل الجص واللبن ونحوها من الآلات كان هلكه للالات
باقيا فلو انهدم البناء ولم يكن للمستاجر سلطنة عليها هذا بقي الكلام في بيان جملة
من الفروع الخلافية المناسبة في المقام منها استيجار الشاة للحلب وهي المسماة بالمنحة
وقد اختلف فيها فجمع الاكثر على جواز عاريتها للمنحة العدم وقيل بالجواز لخبر
عبد الله ابن سنان عن رجل دفع غنمه الى رجل فيه سمن ودراهم معلومة لكل شاة كذا وكذا
في شهر قال لا باس بالدراهم واما السمن فلا احب ذلك الا ان يكون حوالب فلا باس
ونحوها حسنة الحلبي وجه الاستدلال بها انها صريحة في جواز اخذ الغنم للحلب بالدراهم
وهو دائر بين الحلب البيع والاجارة والبيع باطل بالاجماع فتعين الاجارة واما ما
فلا تعرض له فيها انجوزنا ولا انها تصح اعادة فيها تصح اجارته بالاجماع المستفيض
المنقول في كلام جماعة من المتاخرين والجواب عن الرواية انها مخالفة للاصول
من وجوه منها عدم تعيين المدة مع عدم ظهور تعاملها وان حكي عن التحرير
والاشكال فيه والتردد ومع ذلك لا دلالة لها على كيفية الدفع وانه كان بالاجارة
او بالبيع او بالصلح او بالاباحة بالعوض او بالعارية المعوضة وعن الثاني
بان المراد بالكلية المشار اليها الاحتراز عن اجارة ما لا تصح اعارته وانه لا يشترط
في متعلق الاجارة ما يشترط في متعلق العارية فلا ينافي في خروج بعض ما تصح اجارته
لفقدان بعض شروط الاجارة التي منها عدم تضمنها لتلف العين وهذا المعنى
لو سلم كونه مخالفا للظاهر فالقرينة القطعية عليه موجودة في كلامهم حيث
صرحوا بان المعقود عليه في الاجارة لا بد ان يكون من المنافع دون الاعيان

وفرعوا عليه

وفرعوا عليه بطلان اجارة الكروم للثمرة واجارة الطعام للاكل هذا مضافا الى
تفريع الحمل او الحبل الذاكرين للكلية المذكورة لعدم جواز اجارة خصوص الشاة
التي هي مورد النص والتجب من الاعتماد على امثال هذه الظواهر غفلة عما نبهنا
من القرائن العلمية القطعية ثم الظاهر عدم الخلاف في بطلان غير الشاة من
الحيوانات حتى من القائل المذكور لانه انما استند في جواز اجارتها بالنص
والاجماع المعتبر الشامل لغير المنحة فاجارة غيرها مما اتفق على بطلانها حتى
على الذي شاء استيجارها للبن منها اجارة الشاة للارضاع لا رضاع السخلة
وهذا اضعف من سابقه قولا واقوى منه قائلا لان القاعدة قاضية
بفسادها كما عرفت والنص والاجماع المذكوران ظاهران فيما هو المتعارف
من انما ... من اخذ الغنم بالضريبة من الرعاة لاجل الشرب ونحوه لا للارضاع
السخلة وعلى فرض عموم اطلاقها المتروك الاستفصال فاما ان نعمل بالاطلاق الى
ان عملنا بالاطلاق كان للاستيجار لا رضاع السخلة ولغيره من الاغراض سواء
... فالتفصيل بين ارضاع السخلة وغيره لا يمكن استناده اليها فاني القول
من التفصيل لا بد ان يستند الى وجه اخر يختص به وهو الذي اشار اليه وحكي
الايضاح بعد ان استقربه كوالده وهو الحاجة وهذا وجه كونه اولى من سابقه
قائلا لان القول بجواز استيجار الغنم ونحوه للحلب لم نجد لاحد بخلاف
استيجارها لارضاع السخلة فانه مختار القواعد والايضاح على ما نقل عنه و
لمن ... فقد ظهر ضعفه بما لا مزيد عليه منها استيجار البئر وحدها للاستقاء
منها فرعه وموضع من ... وجامع المقاصد بعد الاشكال ان
الاولى والاقوى المنع وعن الايضاح وموضع وموضع اخر من كره الجواز
كالحمام وجه الاول واضح وهو تعلق الاجارة بالعين وهو للآمد وجه الثاني

ارجاع العقد الى منفعة البئر وان توقف استيفاؤها على اتلاف العين ويشكل ايضا
بانه ليس للبئر منفعة قابلة للمقابلة بالاجرة كالحمام فليس المقابلة الا بينها وبين الماء
فيكون باطلا وقد يقال انه منقوض بضرب الفحل اذ ليس له منفعة سوى الماء
الذي هو في صلبه فان قيل متعلق العقد هو الضراب وهو غير الماء وان استلزم
تلفه قلنا الى منفعة البئر هو الاستسقاء وتلف الماء وفيه ان بين الماء فرقا
وان دق نظيره انا نقلنا فيما حررنا سابقا التطبيق الضراب على القاعدة وجامعه
للفحل منفعة وهو نزوه على الانثى ومفهوم النزو لمفهوم الارضاع شيء مغاير
لعين النطفة وان كان وجوده واستيفاؤه في الخارج غير متحقق الا باتلاف
النطفة التي هي مالية لها كالارضاع الا ان العين التالفة فيه مستور في الضراب
غير متحول بخلاف البئر فانها مسلوبة المنفعة حيث لا قابلية السكنى والجلوس ونحوها
مما يتصور في الجملة من المفاهيم المغايرة لمفهوم الماء ولاشتراط فليس في
مقابل الاجرة فيها الا نفس الماء فالاصح بطلان استيجارها منفردة نعم يمكن
دخولها في الدار تبعا بعنوان الاجارة كما صرح به العلامة بعد المنع عن استيجارها
منفردة لان التبعية هنا راجعة الى الشرط الضمني بمقتضى العادة كالواستأجر دارا
واشترط على الموجر شيئا من اعيان ماله غير الماء فانه جائز على الاقوى من صحة شرط
النتيجة في الاملاك اذ لا فرق فيه بين شرط النص والضمني المدلول عليه بالعرف
والعادة ومنها استيجار القناة صرح بالتذكرة بعد المنع عن استيجار البئر منفردة
والواستأجر قناة فان قصد موضع جريان الماء جاز ما كان الماء تابعا
يجوز الانتفاع به كما تقول في الرضاع اللبن تابع وجوز بعض الشافعية
استيجار القناة للزراعة بمائها للحاجة ولا قياس لا يدل عليه عندهم الا
قول من جرى الماء عليها فيكون القناة بالشبكة والماء كالصيد وجوز

الاستيجار

الاستيجار للماء للاستسقاء وقال بعضهم اذا استأجر القناة ليكون ما يحصل فيها
جاز والكل بينهم منعوها انتهى قلت الكلام في استيجار القناة اذا قصد
الماء كالكلام في استيجار البئر ولما اذا قصد المجرى فله صورتان احديهما ان يكون
المجرى لصاحب القناة والمراد فهو يمكن تصحيح استيجار ملاك المجرى
عليها منفعة وهي جريان الماء فيه فيصح بالاجارة نفس المجرى وينتفع
بالماء تبعا بالشرط صريحا او ضمنا كاستيجار الحمام المسخن فيه استعمال الماء
تبعا وثانيهما ان يكون المجرى للمستأجر وهنا لا يجوز استيجاره لا للماء لا
تبعا للاجرة الذي وضعت لاستيفاء النافع دون الصياح المجرى ملك
دون الموجر ومنها استيجار المرعى للرعي ومن الشهيد جوازه وقيل بالمنع
لما فيه من وقوع الاجرة في مقابلة العين قلت اجارة المرعى المتعارفة
في بعض الاصقاع على ضربين احدهما ما كان المقصود منه العلف كاجارة
الارض المشتملة على الزرع لزرعه وهذا لا اشكال في عدم جوازه وثانيهما
ما كان الغرض منه دعى الماشية وهذا يمكن تصحيحه ان المرعى عين لها
منفعة وهو دخول الماشية فيه وسعيه فيه فيستأجر لذلك ويشترط
انتفاع الماشية لعلفه وهذا هو مراد الشهيد فلا بأس به وجوه مجوز
الشرط المتعادي كما عرفت غير مرة ومنها استيجار الكرم بعينه واستيجار الشجر
لثمره او اوراقه واستيجار المحالب للحليب وما اشبهها وهذه لا اشكال في فسادها
ولا خلاف ظاهرا وان كانت متعارفة في الاعصار والامصار خصوصا بلاد
العجم وليس لها حيلة مصححة ومن هنا لا اشتراط فالمعتمد على الكثرة ما هو
المتعادي من سيرة الناس في الشرعيات وقد يتصور بعض الوجوه المصححة
في بعض المعادن ولا على من يلاحظه ويراعيه في الفتوى والعمل الا ان الناس

الكم او الكرم للشجر

حصادم

عمر بستهر

في سعة من هذه الدائرة من عدم مبالاتهم بالحرام والله الموفق للصواب و
الحافظ من مكائد النفس في استجلاب الحطام هذا كله اذا اذن الزوج لها في
الارضاع وان لم يأذن ففيه تردد كما عن التحرير ولو لم يمنع شيئا من حقوقه
بل عن المبسوط والخلاف والسرائر والطلاق موضع من تذكره والقواعد عدم
الجواز واستدل عليه في محكي جامع الشرائع بعد ان وافقهم على المنع مطلقا
بعدم الدليل على الصحة وبان الزوج مالك لمنافعها وربما استدل لعدم ال
جواز عن الدليلين لضعفهما بانه يجب على الزوجة ان تكون مهيأة للزوج في
كل وقت اراده للاستمتاع وهذا من حقوقه عليها فتكون ممانعة لان
يتعلق بمنافعها حقا منافيا له والجواز اشبه عند المحقق والفاضل
في محكي كره وعد والمحقق والشهيد الثانيين لان المتعارف عدم استغراق الا
ستمتاع للاوقات كلها بل العادة مستقلة ولا مانع من تعلق منافعها
الزوج بعد ان كانت منافعها مملوكة لها غاية الامر انه يجب عليها اختيار غير
الوقت الذي يريدها الزوج للعمل المستأجر وهذا الدليل يقتضي التفصيل بين الغائب
وغيره فصار الاقوال في المسألة ثلثة وبالتفصيل صرح بالقواعد وفي
حكم غير المنافي ما لو كان الزوج غائبا او مريضا وما لو كان زمان العمل معينا بعد
زمان الاستمتاع بعادة على عدم الاستيفاء كما قيل وفيه نظر بل للمنافات حتى مع
كل المستأجر للزمان في ساعة او ساعات معينة نعم الاستئجار منافي الحق الزوج و
لو لم يكن وقت الاستمتاع حسب الاثر ولو لم يطالبها اصلا اذ المنافي في نحو
الاجارة استحقاقها لا المطالبة الفعلية نعم في المقام اشكال لورود نحوه
على القوم وحاصله ان مجرد منافات حق المستأجر لحق الزوج لا يقتضي فساد
الاجارة كما ان منافات بيع المديون مع الحق الرهان لا يقتضي فساد البيع

فلا وجه

فلا وجه لفساد الاجارة بل لا بد من العمل بقاعدة تزاحم الحقين والترجيح بالاهمية الا
فالتخيير كما حررنا في الاجير المشترك ثم قال الموردان الظاهر تقديم حق الزوج او يقال
ان الاجارة تنصرف الى غير الوقت الذي يريده الزوج قلت ويمكن الجواب بان
وجوب التمكين على الزوجة والاستعداد للاستمتاع في كل ان ليس تكليفا
محضا كالتكليف باداء الدين بل هو حق للزوج نظير حق المستأجر في عمل الا
جير الخاص كما تقدم سابقا الا ان هذا التكليف انما جاء بسبب العقد وكل تكليف
بمقتضى العقد يحدث عندهم من الحقوق على ما يساعده الاستقراء فليس حق
الزوجية من التكاليف المعرفة التي يكون منافعها سليمة عن المانع قابلة للنا
قل والاستيفاء كاعيان مال المديون وكانه يشير اليه الدليل الثاني على المنع
مع وهو كون منافعها مملوكة للزوج اراد ان منافعها الاختصاصية
متعلقة بحق الزوج باعتبار توقف الاستمتاع على عدمها وفيه ان مجرد
دخول ساعتها بدليل لا اعتبار اذ الثابت بعقد النكاح استحقاقه
للاستمتاع وهذا لا يقتضي التعلق له بسائر منافعها ولو كانت منافية له
نعم يرد عليها بناء على مسألة الضد كحرمة بيع المال على المديون وح لو مر
القول بالصحة ولو مع تعيينه للزمان ولذا اطلق الطرفان القائلون بالجواز
والقائلون بالمنع ولم يفرقوا بين تعيين زمان الاجارة بالزمان وعدمه اللهم الا
ان يستدل ويستند للبطلان ح الى عدم القدرة على التسليم لا الى كون العمل حرمة
كما توهم من فرقه لو تفرعه على مسألة الضد فعلى القول بعدم الاضداد
الخاصة لا مانع من صحة الاجارة حتى في الزمان الذي يريده الزوج ونحو عنه نعم
هو قادر على تسليم العمل على تعيين الزمان لوجوب لوجوب التمكين عليها
عينا في ذلك الزمان الذي هو متعين في ضمن العقد ومع وجوب العيني

٥

لا يقدر شرعا على فعل ما ينافيه فيكون باطلا من هذه الجهة لا من جهة كونه
متعلقه مما تعلق به حق الزوج ولا من جهة حرمة العمل واما مع عدم تعيين
الزمان فالقدرة على التسليم شرعا ايضا حاصلة سواء قلنا بتقديم حق الزوج على حق
المعاوضة او قلنا بالتخيير وعدم التعيين انه يكفي في القدرة على بعض الافراد
فالتحقيق في المسئلة ان يقال ان العمل الذي تعلق به الاجارة اما ان لا يكون منافيا
ايضا للاستمتاع ومنافيا بحيث يمتنع اجتماعهما في زمان واحد مثل الكتابة وقراءة
القرآن او اجراء صيغة البيع ونحوهما او يكون ففي الاول لا مانع من صحتها
ولا يتوقف على اذن الزوج وكلام المانعين بعد شموله لذلك واطلاقه مطلقا
ومويد الدليل لمنع المحكي عن جامع الشرائع كما مر لا بالضرورة قاضية بعدم
دخول مثل هذه المنفعة في ملك الزوج وعدم صيرورته متعلقا لحقه بعد عدم دلالة
لما النطاح عليه بشيء من الدلالات واما الثاني ففيه تفصيل بين القدرة بالزمان
والقدرة بالعمل فان كان الاول بطلت الاجارة الا باذن الزوج سابقا او لاحقا
لعدم القدرة على التسليم مبني على حرمة الضد فعلى القول بعدمها لا مانع من التسليم
شرعا وهو الوجه وان كان الثاني صح الاجارة حتى مع نهي الزوج اذ المانع كما عرفت
منحصر في عدم القدرة على التسليم والمفروض قدرته بها عقلا وشرعا بناء على عدم حرمة
الضد الخاص كما في القواعد من التفصيل بين منافاة العمل لحق الزوج فيفسد وعدمه
غير ظاهر الوجه الا ان يكون مراده بالمنافاة خصوص القدرة بالزمان كما بيناه لكن
الظاهر عدم الخلاف في فساد الاجارة في صورة المنافاة وان كان مقتضى القاعدة
الصحة كما سبق توضيحه في الاجير الخاص اذا اجر نفسه ثانيا لغير العمل الذي استؤجر
له اذ المسئلتان من واد واحد فراجع ما حررناه هناك اذا استكثرت توضيح الحال
ثم على القول بالصحة مطلقا حتى مع المنافاة كما هو المختار في غير القدرة بالزمان

انكانت المؤنة

ان كانت امرا مختصا في التقدم والتاخير ولو بالشرط في ضمن عقد الاجارة وجب عليها
التمكين للزوج وتاخير العمل المستاجر عليه حتى اراد الزوج الاستمتاع وان كانت
يجب عليها المسارعة بمطالبة المستاجر ووقع المزاحمة بين حقه وحق الزوج وقد
صرح بعضهم موسلا له ارسال المسلمات لوجوب تقديم حق الزوج ويشكل
ذلك لعدم الدليل عليه ووجود سبق حق عقد النكاح على الاجارة غير نافع
بالتقديم واحتمال انصراف الاجارة الى غير الوقت الذي يريده الزوج كما عرفت
من بعض على فرض صحته يوجب فساد الاجارة للغرر والجهالة فما ذكره من تقديم
الزوج لو افترقا بالاستمتاع في موضع تصح فيه الاجارة غير واضح هذا كله
اذا كانت حرة وكانت الاجارة بعد النكاح ولو كانت امة فهي ايضا كالحرة في الكل
ما ذكروا لها حكم اخر باتي انشاء الله تعالى في مقام مناسب لها وان كانت الاجارة
قبل النكاح فلا اشكال ولا اختلاف في صحة الاجارة وان كانت منافية لحق
الزوج بل ان الاجارة حين وقوعها كانت سليمة عن المانع فاذا ترتب استحقاق
المستاجر للمنفعة المستاجر عليها والنكاح الطاري لا يصلح مزيلا لها بل يفيد
استحقاق الزوج للاستمتاع بها بعد تقديم حق المستاجر على حقه ظاهرهم ذلك
ويشكل في مطلقه بل مقتضى القاعدة اجراء حكم تزاحم الحقين فعلى القول باهمية
حق الزوج في المسئلة السابقة يجب القول بها هنا ايضا لان سبق الاجارة
ليس سببا لتقديم حق المستاجر كما لا يكون في سائر مقامات التزاحم وهل
للزوج فسخ النكاح جاهلا بالحال لم نجد فيها في ذلك ولا دليل في صحة ذلك
استيجار للارضاع من مشاهدة الصبي وصفته كما ذكره غير واحد لاختلاف
اختلاف الاطفال في الصغر والكبر واتفقنا هذا والحرص وغير ذلك مما يوجب
اختلاف الاجرة فيجب تحقيقه عن الجهالة في ذلك فعا للغرر حتى

وعن الاردبيلي الاكتفاء بالوصف كما في الراكب قلت لا ريب في ان الوصف بالنسبة الى القناعة والحرص اقوى من المشاهدة بل الظاهر انها تفيد المعرفة بها اصلا فلا بد من جعل الاقتصار على خصوص المشاهدة في العيان وغيرها على التمثيل فالغرض رفع الجهالة باي شيء حصل هذا اذا قلنا بعدم اغتفار الجهالة من جهتها وللمنع فيه مجال اما لارتفاع معظم الغرر بعد معرفة الصغر والكبر وعليه الدليل على ارتفاع الازيد من المعظم كما مرت اليه الاشارة غير مرة اولان اللبن غير متمول ومع ذلك فهو مستحق عليها تبعا من باب المقدمة كما مر فلا ضير في الجهالة من طرفه الا اذا كان قلته وكثرته سببا لاختلاف اجرة الارضاع وفيه ايضا تامل لانها انما تختلف باختلاف كيفية الارضاع من حيث الصعوبة والسهولة والمشقة والراحة وكثرة السهر في الليل وقلته وامثال ذلك من المشاق اما كثرة اللبن وقلته فهو مما ليس له تاثير في الاجرة من طرف المرضعة وان كان لها دخل فيها من طرف المسترضع فالظاهر عدم لزوم رفع الجهالة من حيث قلة اللبن وكثرته وقلته كما ذكره بعض مشايخنا ثم المراد بالصغر والكبر انما هو كبر جثة الصبي وصغره فالظاهر انه ايضا غير لازم لعدم العبرة به في باب الارضاع وان كان هو السن فهو حسن لاختلاف الاجرة باختلاف اسنان الاطفال لكن المعروف به لا تحصل المشاهدة غالبا بل التوصيف عند اكد فظهر ان الوصف لو لم يكن اقوى من المشاهدة مطلقا فلا اقل من مساواته لها وهل يشترط ذكر الموضع الذي ترضعه فيه قيل نعم وهو مذهب العلامة ومن تاخر عنه من المعظم لاختلاف الارضاع سهولة وصعوبة باختلاف المواضع اما لان الارضاع في بيت المرضع اشق عليها من الارضاع في بيتها وهكذا من الحال في غيرها فيجب على المراة المحافظة عن الجهالة من غير الجهالة لئلا تكون مغرورة وكذا تختلف الوثاقة بمحافظة الصبي شدة وضعفا باختلافها

فعلى المسترضع معرفة الموضع لئلا يقع في الغرور وفيه مع ذلك تردد للمصنف وقواه بعض مشايخنا فيه نظرا الى انه من تفاوت الاغراض لا انه يتوقف عليه ارتفاع الجهالة ولذلك لا يعتبر التعرض له في باب الاعمال للتفاوت بالنسبة ... فلا يشترط في الاستيجار للخياطة والصياغة معرفة موضعهما وفيه ان اختلاف الاغراض يكفي في الغرر كما حققناه سابقا في مسئلة لزوم تعيين المركوب جنسا ووصفا ذكورا او اناثا واما عدم التعرض له في سائر الاعمال انما هو لعدم اختلاف الاغراض بها فلا بد الا على عدم توقف رفع الجهالة على معرفته مع اختلاف الاغراض مع ان كونه من اختلاف الاغراض اشد من اختلاف الاجرة ايضا والحق المنع كما نطق بالمراجعة الى العرف فان مدخليتها في المواضع اكثر منها في معرفة شخص الصبي فلم صار معرفته دخيلة ومعرفة الموضع غير معتبرة وان مات الصبي او المرضعة بطل العقد مع تعذر المستاجر عليه كما لو مات الراكب او المركوب واما عدم التعيين فلا يبطل بموت المرضعة وفاقا للمحكي من جمع القواعد وجامع المقاصد والمسالك وظاهر السرائر والحواشي بل يخرج الاجرة من تركتها وتستاجر مرضعة مع ... ومع التعذر يسلم الى ولي الصبي وربما احتمل انفساخ الاجارة هنا وهو قول الشافعية في نظير المقام وهو ما لو تعذر المسلم فيه عند الاجل بناء على كونه كتلف المبيع قبل قبضه وهو ضعيف لان التعذر مع التعيين انما كان سابقا على العقد كان سببا للبطلان لعدم القدرة على التسليم وان كان طاريا بعده فلا يوجب سوى الخيار لان دليل الانفساخ وهو النص والاجماع لا يأتي في تعذر التسليم مطلقا فللمستاجر الخيار فان فسخ رجع بالمسماة لان الالتزام على الصبر الى ان يوجد المرضعة ضرر عليه ولو اطلق العقد فهل ينزل على المباشرة او للمضمون وجهان قيل لا يبعد الاول عن القوة للمبادرة وفيه انه يختلف باختلاف الفاظ العقد كما لا يخفى فلا اصل يرجع

الّا مع التشاجر بل حكمه الاختلاف في تعيين الاجرة او العمل والّا كان الوجه الثاني بالقوة كما
لا يخفى ويتفرع على ذلك انّه لو دفعت الصبي الى خادمها او امرأة اخرى لم تستحق الاجرة
كما في عد ومحكي كره والتحرير وجامع الشرايع والايضاح وجامع المقاصد فعلى
ما اخترنا لا بد من ملاحظة عبارة العقد فان كان له ظهور في المباشرة كان الامر
كما ذكرنا وانما الانبنى على اعتبار تعيين المرضعة فان قلنا به بطل العقد مع عدم التعيين
ومقتضاه استحقاق اجرة المثل لفساد العقد وعدم قصدها التبرع فلا يستحق
شيئا ان قلنا بالصحة استحقت المسماة وظاهر المتن وكل من اطلق بطلان العقد
بموت المرضعة وبعض من وافقه في ذلك بقول العلامة لزوم تعيينها وصحيح المبادرة
لا استيجار للارضاع في الذمة سواء كان الموجر رجلا او امرأة فتعيين يوجد ان
يكون وجه عدم استحقاقها الاجرة ما لم يزعموا من التبادر وقد عرفت ضعفه كضعف
اعتبار التعيين وانكان هو ظاهر المتن ومحكي ط والوسيلة وكره والتحرير وجامع
الشرايع وكل من اطلق بطلان الاجارة بموتها اطلاقها او تقييدها ولو اختلفا
في حصول الارضاع قيل كما عن ابن فهد يقبل قولها لكونها امينة ومقتضاه التقديم مع اليمين
ولو استند الى انه لا يعلم الا من قبلها كان اولى كما عن جامع المقاصد والظ انه المراد
اذ لا معنى للامانة هنا وهذا يجري في كل عمل في مثل الصوم والصلوة وتلاوة القرآن
ونحوها مما يتوقف شطره او شرطه على النية بل ولم يتوقف عليها اذا كان مما
لا يعلم الا من قبله فان الاشهاد عليه متعسر او متعذر فلو لم يصدق لزم تعطيل الحق
ولكن للاجارة منه لكن يشترط في صحة الاجارة فضل الكفاية لولدها كما عن عد
وكره والتحرير وجامع المقاصد لان السيد انما يملك فاضل مؤنة على ولده ويمكن
ان المحرزة انها كلت مع الانحصار وفيه نظر اذ الحر لها الامتناع من ارضاع ولدها
لا بالاجرة بخلاف السيد فانه ليس له امتناع عن ارضاع ولدها بل يجب عليه الاتفاق

اما من لبن امه

اما من لبن امه او من لبن اخرى وهذا لا ينافي ما ذكروه من عدم الجواز لان غرضهم
ليس ازيد من الوجوب التخييري نعم لو كان ولدها حرا جاز اجارتها مطلقا الا
ان يكون من السيد فيكون حكمه حكم ما كان الولد عبدا له كما لا يخفى واما بطلان
بموت الصبي فهو المشهور الذي لم نجد فيه خلافا ومقتضاه الاتفاق على اعتبار تعيينه
وبطلان العقد للارضاع للصبي الغير الموصوف والاظهر جواز الاستيجار مع عدم
التعيين ايضا بل هو اولى من عدم المرضعة وما مر من التعليل لاعتبار تعيينه
وهو اختلاف الصبيين في الصغر والكبر والقناعة والنهمة في غاية الضعف
والضعف كما نبهنا عليه وعلى فرض التسليم فهو اخفى من اختلاف المرضعة بمراتب
الا ترى جريان العرف والعادة على عدم استفسار حال الصبيان اساسا عكس حال المرضعة
ضعفا فكيف يحكم بعدم اعتبار تعيينها وباعتبار تعيينه والاحوط انهما بحكم
واحد منعا وجوازا كما ان الاصح جوازهما فيهما ولو مات ابوه هل يبطل الاجارة
بناء على القولين المتقدمين في بطلانها بموت المستاجر وقال ابن ادريس هنا
في محكي السرائر اذا استاجر امرأة لترضع ولده فمات واحد من الثلثة انها تبطل
بموت كل واحد لانه المستاجر ولا خلاف في ان موت المستاجر يبطل الاجارة قال في
لك ان في العبارة اشارة لطيفة الى رد ابن ادريس لانه في مسئلة بطلان الاجارة
بالموت قال بعدم البطلان فكيف يقول هنا انه لا خلاف في بطلانها بموت
المستاجر وهل هو الا التناقض قلت وفيه تناقض اخر لان نسبته القول بعدم
البطلان هناك الى اكثر المحصلين فكيف ينفي الخلاف هنا في بطلانها بموته وعلى
القول بعدم البطلان لو لم يترك الطفل شيئا كان لها الخيار كما في لك وقيل يشترط
عدم علمها باعساره حال حيوته قلت وفيه نظر لان علمها باعساره انما
يمنع عن الفسخ في حال حيوته واما بعد الموت مع عدم الوفاء بالتركة فلها الفسخ

للضرر ثم قلنا بعدم الخيار لهما فلا ريب في استحقاقهما الارضاع لان الدين مقدم
على الارث وهو في حكم الفسخ ايضا لا في ما لم يعط اجرة المثل ولو احتسبا بما يطلبه
على ابيه من الارث فلا وترد عليه الى الذهن انه اذا كان ابوه اصلا في الاستيجار بان
استاجرها بمال في ذمته ولو استاجرها ولا يرثه ابنه لم يبطل بموته على القول ببطلان
الاجارة بموت المستاجر في التملك وان كان الطفل معسرا وكان الاجرة على ذمته
نفقة فيجئ اشتراط الخيار لها في الفسخ بعدم عملها باعسار لا فيما اذا كان بذمة
الاب كما لا يخفى ولو استاجر شيئا مدة معينة لم يجب تقسيط الاجرة في متن العقد
على اجزائها اى المدة سواء كانت قصيرة اقل من سنتين او متطاولة لم يقيدها او زاد
عند علمائنا كما عن التذكرة ونفى عنه الخلاف في محكي المسالك ولا ينافيه قول
الشيخ في محكي المبسوط انه لا يصح لانه في قبال الشافعيه فانه نقل من احد قوليهم
وجوب التقسيط اذا كانت سنتين فصاعدا من الاحتياج الى تقسيط الاجرة على
المدة على تقدير تطرق الانفساخ بتلف العين وغيره وذلك مما يشق او يتعذر
وردوه بانه مجرد اعتبار مبنى على اصولهم قلت يمكن ان يوجه بالجهالة والغرر بالنسبة
الى ما يقابل الجميع لا ما يقابل الابعاض كما في البيع اذ لا خلاف في جواز بيع المختلفين
بالقيمة بصيغة واحدة مع جهالة ما يقابل كل منهما عند العقد والسر فيه انه
ان لم يتبعض الصفقة فلا جهالة وعلى تقدير التبعض فانه ما يقابل الثاني الى العرف بعد
ملاحظة قيمة كل واحد منهما منفردا الى الاخرى وتقسط الثمن عليهما بتلك النسبة
وفائدة تقسيط الاجرة في متن العقد هو سقوط [illegible] المثل على تقدير
التقسيط وسقوط اجرة المثل على تقدير عدمه فلو جعل في متن العقد نصف الاجرة
لنصف المدة سقط منها النصف ولو انفسخت في وسطها سقط نصفها كما لا يخفى
كل فان الساقط اجرة مثل النصف الغائب فقد يكون اقل من نصف المسمى وقد يكون

الى نحو المدة خارا لا ان زاد وبعد النقض بالسنة وما زاد في از اد الاولى سنتين ان لم يرتفع [illegible]

التي

التي يجوز استيجار الارض ليجعل مسجدا بلا خلاف منا ومن ابي حنيفة للمنع نظرا الى ان
الصلوة لا تستحق بالاجارة وهذا مبني على اصلهم من بطلان الاستيجار للنيابة في
الصلوة ولو على الاموات خلافا للامامية ومع ذلك فغلطه غير واحد بان المعقود عليه هنا
في الارض دون الصلوة وفرق فيه الشيخ بين الاستيجار على الصلوة والاستيجار
لها فهو كاستيجار الثوب للانتفاع به للصلوة لكنها لا يثبت لها حكم مسجد وشي
من احكامه كما عن كنز وجامع المقاصد والمسالك لان المسجد لا يكون الا وقفا مع
وتابيد اجل على تعاير العين في ملك المؤجر فان اطلق لفظ المسجد عليها مجازا والمراد
معدا بها للصلوة فيها وقيل ان المراد به هو المعنى اللغوي كان احسن خلافا
للمحكي عن الاردبيلي فاثبت لها احكام المسجد لمنع اشتراط الوقفية في صيرورة الارض
مسجدا خصوصا فيما لو استاجرها لتصيرها كانه سنة او نحوها او تؤبد او تابيد
اطلاق الاصحاب عليه اسم المسجد لك وقد يؤيد بانه يصدق الاسم عليه
في عرف المتشرعة فيكون مدعى الاشتراط مطالبا بالدليل نعم لو قيل باشتراط الوقفية
في المسجد كان الدليل على المدعي للعدم لاصالة عدم ترتب احكامه عليها مع
سواء انتم الدليل على الاشتراط ام لا لان الشك حينئذ يرجع الى الشك في الا
فلا دليل على ثبوت احكامها ما لم يثبت الحقيقة وربما ادعى على اشتراط الوقفية
اجماع الاصحاب في باب الصلوة وفيه تامل فالمسئلة غير صافية عن كدر خصوصا
ويجوز استيجار الدراهم والدنانير ان تحققت لها منفعة حكمية مع بقاء عينها
كما عن المبسوط والتذكرة والتحرير والارشاد والمختلف والحواشي وجامع
المقاصد وروضة والمسالك ومجمع البرهان وعن الخلاف اشتراط
تعيين جهة الانتفاع والا بطلت الاجارة وكان قرضا ونحوه عن المبسوط والسرائر
بعد نقل ذلك ولو قلنا انه يصح سواء عين جهة الانتفاع او لم يعين كان قويا

ولايكون قوضا الى ان قال والذى يقوى فى نفسى بعد هذا جميعه انها تجوز اجارتها او هو متحير فى المنع ولاينافيه قوله كان قويا كما توهم لانه اراد التسوية بين تعيين الجهة وعدمه ردا على المبسوط والخلاف وفى القواعد كما عن الايضاح الاشكال والتامل وهو الذى استشعره فى لك من المصنف لتعليقه الجواز على تحقق المنفعة مع انها مشهورة فاذاك الا الشك فى الاكتفاء بها وهذا الاحتمال يتطرق فى كلام كثير ممن عزى اليه القول بالجواز حتى الاردبيلى الذى ادعى القطع بالجواز لانهم ايضا ملقوه على وجود مصلحة ومنفعة مقصوده وقيل ان الغرض من التعليق المراد للمنفعة وانه يجوز اذا تحققت لا مطلقا دون ما استشعره منها لك ومثل ما قيل انه للاحتراز عن استيجارهما من غير غرض من الاغراض لكونه سفها باطلا من جهة السفاهة ولو احتاج الى زينة او نثار او نحوهما من فوائدهما التى هى منها الضرب من سكتها والوزن بهما كما فى المسالك جاز الاستيجار والا فلا ويشكل ذلك بان صحة الاستيجار انما يتوقف على ان يكون للعين منفعة معتدة من الاموال عرفا سواء كان المستاجر محتاجا الى تلك المنفعة ام لا والا لزم بطلان اجارة الدار اذا لم يكن المستاجر محتاجا الى الجلوس فيها فمتى كان للعين منفعة مالية جاز اجارتها ولا ينظر حال المستاجر ثم ان بعض من حمل التعليق على ما ذكر لم يقنع بذلك حتى نزل وجه نظر العلامة فى القواعد على ذلك حيث قال ومعناه انا لا نعلم ان هذه المنافع مقصوده للمستاجر حتى تكون الاجارة صحيحة وانه استاجرهما فيكون باطلا للسفه وانت خبير بما فيه اما اولا فلما عرفت من ان مدار صحة الاجارة كون العين مما لها منفعة عرفا سواء قصدها المستاجر ام لا واما ثانيا فلانه لا معنى لتردد الفقيه فى المسئلة من جهة اختلاف المستاجرين مراعاتهم غرضهم الاغراض الصحيحة وحصول فائدة

من الفوائد

من الفوائد المترتبة على العين وعدم مراعاتها بل معناه ما اشار اليه ابن ادريس القائل بالمنع وصرح به فى [illegible] وكذا جامع المقاصد وهو التامل فى ان الامور المذكوره منفعة مقصودة عند العرف فمن قال بالجواز اجارتهما ادعى انها منافع محللة يبذل فى مقابلها المال فى العرف لا منفعة فيهما الا باذهاب اعيانهما فان لا خلاف فى انهما لا يصح وقفهما ولو صحت اجارتهما صح وقفهما وفى مبنى المسئلة تحقيق ان هذه الفوائد تعد منافع مالية فتصلح للاستيجار لها ام لا وبانى هذا المبنى فى كثير من الفروع التى ذكرها فى القواعد كاستيجار التفاحة للشم واستيجار الطعام لتزيين المجلس واستيجار الشجر للاستظلال عنها واستيجار الحائط المزوق للتنزه بالنظر اليه ثم قال واما استيجار الشجر لتجفيف الثياب وبسطها عليه فالوجه الجواز وذهب [illegible] من علمائنا من المتاخرين منهم استنادا فى ذلك على ما عزى اليه الى انه متى كان للعين منفعة محللة صح استيجارها سواء كانت متقومة عند العرف ام لا وهذا هو الاصح للعمومات وخصوص ادلة الاجارة ودعوى ان المنفعة اذا لم تكن متقومة عند العرف تقابل بالمال لان المال لا يبذل الا بازاء المال لانه لا انتفاع لما فيها من المنع صغرى و[illegible] لانا لا نسلم توقف مالية المنفعة على كونها عند العرف بل على كونها مما يبذل فى مقابلها المال والمفروض ان المستاجر قد مست الحاجة الى بذل المستاجر مالا فى مقابلها وهذا يكفى فى صحة المعاوضة ان اريد انه لا بد فى صحتها كون العوضين مالا قبل العقد فنمنع ولهذا جاز استيجار الحر ثم لو سلمنا عدم كونها مالا فلا دليل على ان المال لا يبذل الا فى مقابل المال بل الدليل على خلافه كعوض البضع والخلع ومما ذكرنا ظهر فساد الدليل الاول وهو انه لا منفعة لهما ايضا فهو خلاف فرض الكلام فيما لو استاجر للمنفعة من المنافع كالتزيين وان اريد انها فائدة ونحو

ومن قال [illegible]

[illegible] فيهما الا باذهاب عينهما [illegible]

مع الفادم

٥

بيست من المنافع الكافية في الاجارة فهو عري عن الشاهد في قبال الاول فيشبه للمادة
من الفائدة والمنفعة والحق فمتى كان للعين فائدة يبذل في مقابلها المال اعياناً
صح الاستيجار لها في ذلك العين ولا نعني بالمنفعة الا هذا كما عرفت و
اما الوجه الثاني وهو القياس بالوقف فاجيب عنه بمنع الحكم في المقيس عليه اولاً
لعدم الدليل على عدم جواز وقفها للتزيين ونحوه من الفوائد العظيمة وبعد الملازمة
ثانيا اذ لا نسلم انه كلما لا يصح وقفه لا يجوز اجارته اذ الحر وام الولد لا يجوز وقفهما
مع جواز اجارتهما فالكلية منتقضة وفيه نظر لان الاستيجار لا يستدعي سوى
كون العين ذات منفعة وهذا ملازم لجواز الوقف في الاعيان القابلة للنقل
والتمليك وعدم جواز وقف الحر وام الولد انما هو لعدم قبولهما النقل بناء على
ما هو الحق المحقق في محله من كون الوقف تمليكا وكون الموقوف ملكا للموقوف
عليهم فالاولى الاقتصار على الجواب الاول وهو منع الحكم في المقيس عليه واما
ما استشهد به في القواعد على عدم ... من ان هذه الفوائد لا تضمن بالغصب
وهنا يكشف عن عدم التقوم لها عرفا ففيه منع الملازمة كما في منافع الحر فانها
لا تضمن بالفوات تحت يد الغاصب مع جواز استيجاره وستعرف السر في
ذلك وان مناط الضمان بالغصب في المنافع غير مناط المعاوضة عليها في الملام
فانون البيع النسبة عليها ... انهم صرحوا في باب البيع بعدم جواز بيع الاعيان
التي لها منافع نادرة كالحشرات والكلاب فاستظل العدم ما يشبه من ان مالية العين
انما هي باعتبار المنفعة والمنفعة النادرة كالمعدومة والعين التي لا منفعة
لها اصلا ليست مالا قطعا فلا يجوز بيعها فكيف قلتم بجواز الاستيجار للمنفعة
النادرة واجيب بان المنفعة النادرة وان لم يكف في مالية العين لكنها مال في
نفسها وان كانت نادرة فلا ملازمة بين الشيئين فقد تكون ... مالا وليس لها

منفعة

منفعة تبذل في مقابلها مال كبعض الجواهر وقد ينعكس كما في منافع الحر فانها
مال وان لم يكن عين الحر مالا فاذا كانت منفعة العين نادرة خرجت العين
عن الاموال التي يدخلها البيع ونحوه وان كانت هي بنفسها مالا وكونها نادرة لا يضر كون
العين التي لها منافع كثيرة نادرة اذ المنفعة في الاجارة كالعين في البيع والعين
يصح المعاوضة وفسادها في الاجارة بالتعيين لها ... وفيه ان المولد ...
المنفعة النادرة بذل القيمة باذائها لانها نادرة وجودها كتشم ريحانة او ...
فان كان بذل القيمة احيانا يكفي في مالية الشيء كفى في المقامين والا فلا وكذا الكلام بعينه
من الصحة الاجارة للمنفعة النادرة اذا احتيج اليها فالصحة البيع عند الحاجة الى
العين التي لها منفعة نادرة وهو لا يصح فان قلنا انه يصح الاستيجار يتوقف
على ... المنفعة بما يبذل في مقابلها المال غالبا بان تكون المعاوضة
عليها من المكاسب العادية ولا يكتفي في ذلك بذل بعض الناس باذائها احيانا
احيانا الا لمساس الحاجة قلنا يجري في البيع ايضا فلا يكفي كون العين مما يبذل باذائها
المال لاجل منفعة نادرة ولا تكفي في الموضعين لكن الحق ان اللحاظ في
المقامين ... اذ لا معنى لمالية الشيء الا كونه بحيث يبذل في مقابله المال واما
كون ذلك متعارفا بين الناس في البذل فلا وانه شرط ان المالية على
فيهي ماليه جعلها يتحقق بافتراح من يبذل في مقابله ما للحاجة فلا نه
ومالية ... بخلاف متعارف بين الناس قبل افتراح المفتتح وبحسبها
بيعا واجارة او نحوهما انما يتوقف على احدهما من غير فرق نعم فرق بينهما
في الضمان فان الاول يضمن بخلاف ... كما ستعرف ... ان مقتضى
قواعدهم التلازم بين ضمان الغاصب وجواز المعاوضة عينا ومنفعة كل
عين او منفعة يجوز المعاوضة عليها يكون مضمونا على الغاصب وقد صرحوا

وقد مر جواب ذلك في باب الغصب ولازم ذلك ان يكون غاصب الدراهم والدنانير
ضامنا لنفعها المفروضة المصحح للاجارة على القول به قال في محكي كل عين له منفعة
تستأجر لتلك المنفعة فان منفعتها تضمن بالاتلاف تحت اليد العادية اذا
بقيت في يده مدة لمثلها اجرة حتى لو غصب كتابا وامسكه مدة يطالعه او لم يطالعه
يلزم اجرة وعن الخلاف وظاهر السرائر الاجماع على ان المنافع بالغصب مثل منافع
الدار والدابة والثياب مضمونة لكن شيخنا الاستاد اعلى الله مقامه في بعض تحقيقاته
قوى عدم الضمان في مثل الثوب اذا لم يلبسه لان اللبس ليس مما له اجرة عادة نعم اذا
لبسه ضمن اجرة اللبس وهذا هو الاصح لعدم الدليل على اللازم كما لا يخفى بل
البيع في كلمتي الامرين هو الدليل ومقتضاه التفصيل في الضمان بين المنافع التي اعدت
العين للاستيجار لها فيضمن وبين ما عداها فلا لان الضمان عبارة عن التزام
بالمبذل فاذا كانت المنفعة عالم يجر العادة على بذل المال بازائها لم يمكن لها
بدل فيستحيل ضمانها مع ان في ضمان المنافع الغائبة مطلقا اشكالا مع ما
مذكورا في محلها نظرا الى عدم دخولها تحت اليد وعدم كونها اموالا فعلية
ولذا لا تضمن منافع الحر واما الاستيجار فمبني على القولين المذكورين فان اكتفينا
في صحته بالمنفعة النادرة الغير المعتادة صح والا فلا ولا ذم ما ذكرنا عدم الضمان في
صورة الاستيفاء ايضا مع عدم نقصان العين فلا شيء في لبس الثوب المغصوب
ايضا اذا لم يكن سببا لنقص قدره ونقصان قيمته ولا ضير في الالتزام به وما سمعت
من الاجماعات محمول على خلاف ظاهرها القسم الاول اعني الاعيان التي كان لمنافعها اجرة عادة
ولا ينافيه التمثيل بالكتب لان احتمال كونها كذلك في عصر العلامة ومصره وكذا الحال
في الثوب مع احتمال كون التمثيل به من الناقل لا جزاء من الاجماع المنقول فليرجع
الى الخلاف والسرائر استيضاحا للحال وقد توهم متوهم ان المنافع النادرة نظير

منافع الحر في عدم ضمانها بالفوات تحت اليد لعدم كونها اموالا فعلية مع صحة
الاستيجار لها اجماعا وفيه ان منافع الحر مما جرت العادة على مقابلتها بالمال بخلاف
المنفعة النادرة المبحوث عنها فانها مما لم يستعمل لها الاجارة ولذلك لا تضمن بالفوات
ولا بالاستيفاء على ما هو الحق فان قلت تقتضي كون منافع الحر اموالا فعلية
ضمانها بالفوات تحت اليد ايضا مع انه ليس كذلك قلنا التحقيق هو ان عدم ضمان
منافع الحر مستند الى عدم السبب للضمان لان انحصار سببه في اليد والاتلاف بقسميه
بتسبيبه ومعلوم ان اتلاف المنفعة لا يكون الا بالاستيفاء فلا سبب لضمان المنفعة
الغائبة مطلقا في مثل الدابة والدار والعبد في ذلك قضاء فوت المنفعة تحت اليد
تحت اليد سببا للضمان دون الحر لعدم دخوله تحته والعمدة في الفرق هو الاجماع
لامكان ان يقال ان الدخول تحت اليد امر عرفي لا شرعي فلا فرق في العرف بين
الاستيلاء على الحر والعبد وتمام الكلام موكول الى باب الغصب وكيف كان ففي
المسألة انما يجيء الاشكال لو ظهر من تحريم ومنع المنافع النادرة مطلقا مع الاستيفاء وعدمه
وان لم يجيء فيما اتفقوا عليه من عدم ضمان منفعة الحر الغائبة اذا
استوجرت المنفعة النادرة التي قلنا بعدم ضمانها ثم تلف العين حتى فاتت
المنفعة ففي ضمانها حينئذ اشكال من الذي ذكرنا من عدم كونها مالا في العرف
والعادة من صيرورتها مالا بعد الاستيجار كمنفعة الحر الفائتة فانها بعد الاستيجار
تضمن كما لم تضمن قبله ولا فرق بينهما في العموم والاشتباه نعوذ من عدم هو الاحسن لان
الاظهر هو الاول كما عرى لي شيخنا قده لما ذكرنا ومجرد صيرورتها مقابلة بالمال
لا يصيرها مالا كالبضع الطلاق وضمان منفعة الحر المستاجر لا يرد نقضا لان
منفعته بعد الاستيجار فعلا موجوده في الخارج لكونها منقومة عند العرف والمعاوضة
عليها في حكم وجودها عرفا نظرا الى وجود سببها نظير الحق الثابت لو اضع

الشكر فاذا غصبه الغاصب وحبسه وفاتت المنفعة فقد اتلف وفوت على المستأجر ما كان فعليا يضمن لها بخلافها قبل الاستيجار فانها وان كانت متقومة لكنها غير موجوده ولا في حكم الموجود فلا يكون فوتها اتلافا على الحر وفرق بين الضرب ومنع المنفعة والحبس بعد الاستيجار اضرارا على المستأجر وقبل عدم المنفعة في حق الحر فافهم والحاصل ان التأمل الصادق قاض بان المنافع النادرة التي لم تعهد في العرف والعادة مقابلتها بالاجرة لا تضمن بالفوات تحت اليد ولا بالتفويت سواء استوجرت العين لاجلها ام لا لولم يكن اجماع هناك وعندك ما عرفت من عدم التلازم بين ضمان المنفعة بالغصب وبين جواز الاستيجار لها ظاهرا لكلام العلامة كما يأتي قال في القواعد الثالث ان يكون متقومة فان استأجر تفاحة للشم او طعاما لتزيين المجلس او الدراهم والدنانير والشمع لذلك ولا نحو ذلك للوقوف في ظلها ففي الجواز نظر ينشأ من انتفاء قصد هذه المنافع ولهذا لم تضمن منفعتها بالغصب وكذا لو استأجر حائطا المزوق بالنظر اليه اما لو استأجر شجرا لتجفيف الثياب او بسط عليها او يستظل بها الى ... انتهى قلت قد يورد على الاشكال الاول انه لو فرض الاستيجار لاجل هذه المنافع فامعنى قوله من انتفاء قصد هذه المنافع قيل ان مراده انه لو استأجر هذه الاعيان احد نفي الحكم بصحة استيجاره اشكال ينشأ من عدم احراز قصد المستأجر هذه المنافع ليخرج العقد عن كونها معاملة سفهية ومعنا انه لا اشكال لو علم بقصده وانت خبير بفساده لما عرفت سابقا من ان كلامهم في الشبهات الحكمية وهذه مشبهة موضوعية مع ان اصل الاشكال حينئذ مما لا ينبغي من منفعة لان العين حتى كان لها منفعة قابلة للاستيجار لها واستوجرت فلا محيص عن الحمل على الصحة ثم ان هذا الكلام المعنى يناسب التعليل

بقوله

قوله ولهذا لا تضمن بالغصب فالظاهر ان المراد انه قصد الناس في العرف والعادة فيرجع الاشكال الى ما ذكره غير واحد من ان المنفعة ... التي لا يقصد ها عرفا لا يكفي في الاجارة على الاشكال وهذا هو المناسب التعليل لا ان كان الاحسن التعبير كما عرفت عن جامع المقاصد وغيره ... ان ظاهره في التذكرة دعوى الاجماع على ان كل منفعة يستأجر العين لها مضمونة بالغصب وهذه العبارة ... المخالف للاجماع بزعمه ويمكن رفعه بما مرّ من عدم المنفعة في تلك المذكورة على ما تستأجر لها في العرف والعادة لاجل ... لها ولو كان الاستيجار ... ان انتفاء القصد وعدم الضمان اه الغصب لا يصلح منشأ للاشكال لانه قاض بالفساد ... الاشكال فالتعليل بيان منشأ الصحة وهذا هو الباعث ... العبارة بما ذكره البعض كما عرفت فساده ولا يعلم لهذا الاشكال الا اعتبار الطريق الذي سلكناه في ... وهو التلازم بين الضمان والاجارة فنقول ان هذه المنافع غير متقومة عرفا وليس لها اجرة ... لعدم استقرار ... على بذل الاموال بازائها حتى تكون لها قيمة ولهذا لا تضمن بالغصب كما اتضح انفا لكن الاستيجار لها صحيح ان اكتفى في صحة كونها اغراضا عقلائيا صالحة لبذل العقلاء اموالهم بازائها وتوهم ان منشأ الاشكال هو التأمل في الصغرى اعني كونها متقومة ام لا مناف لصريح التعليل كما لا يخفى ... انا لا نجد فرقا في المقام بين استيجار الشجر لتجفيف الثياب او وضعه عليه وبين استيجار الاعيان المشار اليها للمنافع المذكورة بل لا فرق بينه وبين استيجاره للاستظلال باوراقه وغصونه فانه اكتفى في جوازه بكون المنفعة متعلقا بها اغراض العقلاء لزم القول بالصحة في الكل وان اعتبر فيه كونها متقومة مقدمة ما مكان لاستيجار لها ... استعارة اشعر المعزى الى الجماعة المتقدم ذكرهم

لزمه القول بالفساد لكن انما العادة لم تجر على استيجار الشجر لنشر الثياب عليه كما لم تجر
على استيجاره للاستظلال باوراقه اللهم ان لا يكون عادة زمانه على ذلك
الثاني يتوقف على شيء وهو ان المراد بندرة المنفعة كما في المقام كما صرح به بعض الاعلام عدم
تعارف بذل الاجرة في مقابلها وعدم تسويغه بين الناس لا ندرة وجودها عنهم لندرة
احتياج الناس بها وانما جعلوا شم الريحان من منافع النادرة وتكلموا في صحة
الاستيجار لاجلها وكذا الاستظلال بالشجرة والتفرج بالنظر الى الحائط او كاغذ
مذهب مع انها من المنافع الشائعة المتعارفة وجودا بين الناس فاعلم انه يمكن
الالحاق بندرتها بالمعنى المذكور عدم اعداد العين للاجارة وانكان لنوعها
منفعة متقومة عرفا كالخيل التي يحتاج السلاطين والامراء الى ركوبهم فانه غير معد
للاستيجار وانكانت قابلة له حملا او ركوبا الا ان فائدتها العظمى هي التجمل
والتجمل فلو غصب وحبست امكن القول بعدم ضمان الغاصب لمنفعته اهانة
كما قلنا في حبس الثياب وانكان الجمود على ظاهر كلماتهم ربما يقتضي بالاجماع
على خلافه لكن بعد التأمل في مدرك الضمان في المسئلتين وظهور ...
يهون امر الاجماع المستخرج المستظهر من الظواهر لان ضمان المنفعة الفائتة ان
كان منوطا بكون المنفعة قابلة للمقابلة بالمال لزم القول بضمان منفعة الدرهم
والدينار ونحوهما من المنافع المذكورة ايضا بناء على جواز استيجارهما للتزيين و
نحوه وانكان منوطا بكونها مما لا فعليا فهو يتوقف على كون شخص العين المغصوبة
معدة للاكتساب بالمال بمنفعتها الفائتة ولا يكفي اعداد نوعها لذلك ومما ذكرنا ظهر
ايضا ان غصب الصائغة انه لا يوجب شيئا على الغاصب سوى رد العين وانكان لها
منفعة وهو معرفة الاوقات جليلة اذا لم تجر العادة باستيجارها لها كما في
هذه الاعصار والامصار الخامس ذكر في القواعد فروعا كثيرة مربوطة

بالمقام

بالمقام ونحن نتعرض لبعض من الفروع منها واضبط ابطالها ونرد فيه الشبهات
... فيها قال فيه ولو اجر نفسه للصلوة الواجبة عليه فانها لا تقع ...
وهل تقع عن الاجير الاقوى العدم انتهى ... ومراده بالصلوة الواجبة
عليه ما كان وجوبه كفائيا او انكان الفساد فيما كان واجبا عينيا واضح وفي مفتاح
الكرامة عن جامع المقاصد في شرح العبارة ما هذا لفظه لو اجر نفسه ...
الواجبة على الاجير لم يصح الاجارة قطعا لعدم امكان ترتب احكام الاجارة عليه
لانه لا يمكن فيه الابراء ولا الاقالة والتأجيل ولا يقبله لا يجبر على التسليم ولا تسلط
للمستاجر على المجبر في الجملة ولا عدم وان المملوك لا يملك ... ولا يستحق لذاته
ينبغي ان يكون من قبل ... الحاصل ومن اجماع الواحد انتهى قلت لا يخفى
ضعف هذه الوجوه لا بعضها بعد صدورها عن مصدر التحقيق دعاني الى
... جامع المقاصد في المقام ... فيها قال في نسختي منها في شرح العبارة
ما هذا لفظه اي لو اجر ... نفسه لغيره لبطلت الصلوة الواجبة على
الاجير لم يصح الاجارة قطعا لانه لا يمكن حصولها للمستاجر فلا يصح بذل العوض
... في مقابلها وهل تقع عن الاجير ... حيث ان صلاها عن نفسه الاقوى
عند المص العدم ووجه القوة انه لم يقصد لو صلاها عن نفسه لوجوبها عليه بالاصالة
وقلنا فانه لا اخلاص ح لان العبادة لغاية حصول الاجرة والاخلاص انما يتحقق
بقصد القربة خاصة لقوله تعالى وما امروا الا ليعبدوا الله مخلصين له الدين ويحتمل
الصحة لان ذلك باعث وعلة لحصول الداعي كالامر بالصلوة وغيرها لطلب
... كما في استيجار للصلوة على ميت والحج وغيرها من العبادات ويجاب بان الباعث
... لمن شانه انتفى الفساد اذا نافى الاخلاص والصلوة ونحوها في الاستيجار عن
للميت والحي فحظ منها فعلها لحصول الاجرة ... انتفاء الفساد والبحث فيها ...

من لوازم حصول الاجرة بالفعل قصدها عنده او يقال ان هذه خرجت بالاجماع
وكيف كان فعدم الصحة [illegible] انتهى كلامه طيب الله مقامه والغرض من نقل التنبيه على عدم
مطابقة النقل للمنقول لما افاده المرحوم الشيخ على الاثر مهما امكن ثم انه قال الشيخ
الافقه كاشف الغطاء في شرح القواعد جميع الوجوه المذكورة لفساد [illegible]
ثم [illegible] الفرع المذكور فساد الاجارة في العبادة للابدان ولعدم دخول النفقة
ان المستأجر [illegible] الكفائي نفس مبني على احد الامرين اما عدم جواز اخذ الاجرة
على الواجبات مطلقا حتى الكفائي والتخيري واما منافاة اخذها للاخلاص المعتبر
في الصلوة والكلام في كل منهما مقام [illegible] بسط الاقلام فليرجع الى باب المتاجر
او الى القضاء في مسئلة جواز اخذ الاجرة عليه من شاء واما فساد الصلوة وعدم
احتسابها عن الفاعل الموجر فالذي يقتضيه النظر خلافه اذ لو فرض تحقق الاخلاص
المعتبر فيها فليس كان قرب [illegible] لان فساد الاجارة لا يقتضي فساد الصلوة لو لم
يقتض [illegible] بل المقيس فقد ان الاخلاص محققا [illegible] او فسدت وربما يكون [illegible]
بالفساد مانعا عن صيرورة اخذ الاجرة داعيا الى فعلها او سببا للمحض [illegible]
في القربة [illegible] مع الفساد [illegible] بالاخلاص منها مع الصحة فظهر فساد الوجه الثاني
الذي استدل به المحقق على فسادها واما الوجه الاول فهو [illegible] فساده
ليس في ذمة الفاعل الصلوة [illegible] والمفروض وقوعها [illegible]
لا لاجل الصلوة الواجبة على المستأجر فاما معنى قوله فلا يكون مطابقا لما في ذمته لان
الذي في ذمتهما ان [illegible] عليه بالاصالة وان اريد ان عليه بعد صرف [illegible] اجل صلوتين
احديهما ما هو واجبة عليه بالاصالة وثانيهما ما هو واجبة عليه بالاجارة ففيه ان الفرض
تعلق الاجارة بالصلوة التي كانت واجبة عليه بالاصالة فليس هناك الا صلوة واحدة
تعلق بها امران بالذات وبالعرض وما ذكر انما يناسب للوصار اجير الصلوة

الواجبة

الواجبة على المستأجر اذ لو فرض الاخلاص [illegible] من صحة الصلوة واجتنابها
عن نفسه وحينئذ [illegible] مبنيا لسقوطها عن الحل [illegible] بنفسه [illegible] الكفاية
اللهم ان لا يقال ان الصلوة الواجبة عليه بعد تعلق الاجارة بها بالقصد والحيثية
كالمندوبة اذا قصد بها من حيث العنوان [illegible] لم تكن مجزية عن نفسه
نظرا الى عدم كونها مقصودة من الجهة المأمور بها وهو حسن لكن فيه انه اذا فرض
قصد العنوان الاولي الذاتي وفرض الاخلاص ايضا لزم القول بصحتها فلا
وجه للحكم بفسادها ثم ثم الفرق الذي ابداه بين القاصد [illegible] وبين الصلوة
عن الميت والحج عن الحي وللميت بالاجارة لا يجدي شيئا لان الوجه الاول [illegible]
ولئن كان حاصلا [illegible] عن عمل الحج [illegible] انفا وحصل ان لا
[illegible] وليس يمنع [illegible] لجميع الاجارة [illegible] الا ان الوجه الاول غير [illegible]
لو ان الفاعل اخلص بقصده لله في الصلوة المستأجر عليها الله ولم يلحظ فيها [illegible]
من الاجرة ولو كان [illegible] في الواقع او في [illegible] لم يكن مانع [illegible] وقد
اعترف به حيث قال وليس من لوازم حصول الاجرة [illegible] مشترك الورود
بين الموضعين واما الوجه الثاني فهو غير سديد وان كان مفيدا الا ان صحة
الصلوة والحج بالاجارة عن الحي والميت ليس على خلاف القاعدة ثابتة بالنص
بل الاجماع [illegible] القول بجوازها بالاجماع اذا لم يتعلق به [illegible]
بل [illegible] الاخلاص وهو مخالف للاجماع والضرورة لما ستسمع في [illegible]
قال قده في القواعد بعد الفرع المذكور ولو استأجره الى الشفعة بصلوة
الفائتة وجب الاتيان بها على الترتيب في الفوائت [illegible] استأجر اجيرين
كل واحد منهما على سنة جاز لكن لشرط الترتيب من فعلهما فان اوقعه
دفعة [illegible] بعقد اخر وجب على كل منهما [illegible]

بلغ

وان جهلا فمشكل وفي ضمان الولي اشكال انتهى كلامه اعلى الله مقامه ونفعنا بعلومه
الشريف والفرع اللطيف الذي لا يدركه الا ابصار الاعيان ربانية فانه
من محاسن الافكار بالمطابقة والالتزام امور منها جواز الاستيجار للصلوة
عن الاموات وهذا مما لم يبين الاصحاب ولم نر من الحكم عن الذكرى مخالفة بعض اهل
الخلاف وعن المحقق الشيرازي والعريف الكاشاني في الوافي من اصحابنا الشيعة
ايضا وهو الذي صرح به الفاضل الدبلماج في حاشيته عند قول المشهور
ومنها الصلوة بالنيابة باجارة عن الميت شرعا او بوصيته النافذة قال ما لفظه
استدل عليه ابن طاوس في البشرى باخبار نقلها في الذكرى واضاف اليها
روايات اخر لكن ليس فيها التصريح بجواز فعل الاجنبي ولا الاستيجار بل وردت
على وجه الاطلاق مع ان بعضها متعلق بالولي والموافق للاصول حمل المطلق
منها على [illegible] الميت على المقيد واجابه على الوجه الجلي والمهم بعد نقل الروايات
قال هذه المسئلة اعني الاستيجار على فعل الصلوة الواجبة بعد الوفاة مبنية على
مقدمتين احدهما جواز الصلوة للميت وهذه اجماعية والاخبار الصحيحة
ناطقة بها كما تلوناه والثانية ان كل ما جازت الصلوة عن الميت جاز الاستيجار
عنه وهذه المقدمة داخلة في عموم الاستيجار على الاعمال المباحة التي يمكن
ان يقع للمستأجر عنه ولا يخالف فيها احد من الامامية ولا غيرهم لان المخالف
من العامة انما منع لزعمه انه لا يمكن وقوعها للمستأجر عنه واما من يقول بامكان
وقوعها له وهم جميع الامامية فلا يمكنه القول بمنع الاستيجار
الا ان يخرق الاجماع في احد المقدمتين انتهى قال المحشي ره بعد نقل ذلك
ولا يخفى ان ما ذكره من الاجماع على جواز الصلوة عن الميت ان اراد به ما يفعل
الولي فمسلم بل يجب عليه ان كان مما فاته وان اراد غيره فلا الا مع التبرع تطوعا

وما قاله من دخولها

وما قاله من دخولها في عموم الاستيجار على الاعمال المباحة التي يمكن وقوعها للمستأجر
عنه فاسد لانها ممنوع مع ان الاباحة في العبادات غير معقولة بل انما الاجر
لا سيما مع توجه الالزام بها في حيوته والى الولي بعد وفاته ويكون نيابة
وهي ممتنعة كما صرح به ومنه يعلم حال الاجماع بل المفهوم من الروايات التبرع
على وجه التطوع وبعضهم جوز الاجارة في نية الاجير في الذبح وهو في
محل النظر [illegible] نعم كل اجير اذا خوطب بمعنى الامر في الاستنابة يمكن الاجرة فيه
الا مع وجه التبرع لكن المخاطب هنا [illegible] ليس الميت حتى يجوز الاستنابة للعذر
والتبرع منه التحقق [illegible] على وجه الخطاب [illegible] كالاهداء اليه كالاجر عن
[illegible] في تلك الروايات فالقول بالاستيجار [illegible] لا يخلو من ضعف والعمل
الوصية انما يتصور بالمشروعية ومشروعية الاستيجار ممنوعة كما عرفت انتهى
كلامه رفع الله مقامه [illegible] اما منعه الاجماع فلعل ذلك هو ادعى ما منع
وانما منع امكان وقوع الصلوة للمستأجر عنه فلم يذكر سند منع [illegible]
بعد تسليم جواز التبرع بها عن الميت ضرورة وضوح الملازمة بين الامرين
ولعل حوله على ما [illegible] في اخر الحاشية من ان حقيقة التبرع هو الاهداء ثواب
الصلوة الى الميت وهو غير الوقوع عنه حتى يكون من الاعمال القابلة للاجارة
وتحقيق ذلك ان الاعمال الحسنة يمكن اهداء ثوابها الى الاموات على ما يستفاد
من الروايات سواء كان من الواجبات على العامل او من المستحبات وهذا غير
ايجاد ما في ذمة الميت من العمل والمقصود بالاجارة حصول ذلك واما
اهداء الثواب فهو غير مقصود ولو قصد فالاستيجار عليه غير صحيح لعدم
كونه عملا قابلا للمقابلة بالمال والاجارة ان يكون ثمنا للمبيع انتهى هذا في نهاية
علو [illegible] في توجيه ما قاله من منع امكان وقوع الصلوة للميت المستأجر عنه

ويضعف بان التبرع بها تبرعي لذمة الميت عنها مجانا وهو الذي ادعى الشهيد عليه
اجماع الامامية ونطقت به كثير من الاخبار المستفيضة ولازمه جواز مقابلة ذلك
التفريغ بالمال اجارة ونحوها من المعاوضات ولا يتوقف على توجيه الخطاب الى الحي
بل مجرد اشتغال ذمة الميت مع امكان تفريغها كان في جواز اخذ الاجرة عليه
نعم مقتضى اشتراط المباشرة بالصلوة عدم حصول التفريغ بفعل المتبرع
وتكليف الولي بها وجوبا بمجرده لا يدل على التفريغ لجواز كونه تكليفا ابتدائيا
مستقلا مع بقاء الميت على اشتغال ذمته وثبوت ما عليه من العقاب او
فوت الثواب [illegible] لكن بعد ما ثبت بحكم المقدمة الاجماعية امكان خلوصه
من ذلك بفعل المتبرع ثم امكان وقوعها كما نفهمه فان كان ولا بد من الاشكال
في المقام فليورد ما ذكره غير واحد من الاعلام منهم المحقق الثاني في كلامه
المتقدم في الفرع السابق وههنا فان اخذ الاجرة للاخلاص المعتبر في
العبادات فافترق الاستيجار عن التبرع لذلك وكلامهم في حله وجوه الاول التمسك
بالاجماع بعد الاعتراف بالاشكال المذكور حسبما عرفت وهو صريح [illegible]
المقاصد في كلامه المتقدم ويستفاد من الفخر قده في محكي الايضاح حيث
قال الاجماع فرق بين الصورتين يعني استيجار الانسان للصلوة الواجبة عليه
وبين استيجاره للصلوة دون ذلك المحقق الفخر [illegible] في محكي جواهر
حيث قال الاعتماد في صحة الاستيجار للعبادة على الاجماعات المنقولة دون
ما ذكره الشهيد في الذكرى من الاستدلال عليه بعد نفسه اجماعا منه
وانت خبير بان التمسك بالاجماع في حل الاشكال المذكور يرجع الى القول
بعدم اعتبار القربة في صحة العبادة وهو كالمقطوع بفساده ولهذا انه عليه الشيخ
[illegible] ما يخفي مقتضي الكرامة ومستند الفاضل النراقي من عدم منافاة

لاستيجار

الاستيجار لنية القربة لامكان الاخلاص بعد ايقاع عقد الاجارة فان العمل
بعد [illegible] ولتصير من قبيل ما لو وجب بنذر وشبهه فيفعلها امتثالا للامر
الحاصل من عقد الاجارة واورد عليه شيخنا الاستاد دام ظله والى علماء العويلي
في القضاء عن الميت بلزوم الدور لان صحة الاستيجار التي يتوقف عليه
الوجوب موقوفة على فعل الصلوة عن الميت متقربا الى الله تعالى بكون
فعله متقربا الى الله موقوفا على حصول الوجوب ثم قال الا ان يقال فعل
الصلوة عن الميت متقربا الى الله شيء يمكن قبل الاجارة باعتبار رجحانها
في الشرع في العبادات عقلا ونقلا واذا وقع في ضمن الاجارة لا يثبت صفة الندب
بصفة الوجوب كما في صلوة التحية التي تقع في ضمن النذر ثم قال وفيه نظر [illegible] ولاوده لنظرة
لانه اذا كان فعلها قبل الاجارة راجحا اصلا للقربة فلا حاجة في قصد القربة الى
الوجوب الحاصل من عقد الاجارة مع ان وضع الجواب على ما ينشأ من الوجوب
الحاصل من الاجارة ثم اقول ان ايراد الدور المتوفي في محله كان اصل الجواب ثم
قلنا اما الدور فلمنع المقدمة الاولى ان لا يتوقف صحة الاستيجار على
كون الصلوة قابلة للقربة قبل الاجارة بل كونها كذلك بعدها لان صحة
الاجارة لا تتوقف الا على كون العمل مقدورا وانا فعالا للمستاجر ولو بعد
الاجارة ولا يلزم كونها نافعا قبلها وانما يفتقر الى قصد القربة مقدمة
لصحة الصلوة مع كونه نافعة للمستاجر بتفريغ ذمة الميت والاجير ظلمه هو
من شروط الاجارة ومن الواضح انه لا تفاوت بين كونه نافعا قبل الاجارة
او بعدها واما الجواب فغير واف لما اورده ايضا شيخنا الاستاد دام ظله
من انه لا يتم في الجعالة والاذن الكافي في صحة الصلوة عن المتبرع
انه لا وجوب في الموضعين حتى يجيء قصد القربة من جهته وثانيا ان صحة

العباده يتوقف على قصد القربة بالقياس الى الامر المتعلق بها من حيث كونها صلوة
او صوما لا من حيث كونها نيابة او وفاء للعمل المستأجر عليه ودعوى كفاية القربة
مطلقا ولو من جهة العناوين الخارجية كما في المستند واختاره المصنف مع انه
بلا الظم انه مما لا يقول به احد غيره ثالثها ما في المستند ايضا بعد الجواب الثاني
من منع كون الصلوة المستأجر عليها من الميت من العبادات لعدم الدليل عليه
وكونها عبادة في حق المنوب عنه انما هو لكونه مأمورا بها واما النائب الاجير
فليس مأمورا بها الا لكونها وفاء لعقد الاجارة فالصلوة في حقه من حيث
وصفها العنواني عمل صادر عن الاجير من حيث عروض وصف النيابة عليه او كونها
وفاء لعقد الاجارة لها والنكات واحدة له لان الامر المتعلق بها من الجهة الثانية
لا يجعلها من العبادات الا ترى ان الرجل في قبول النكاح ليس القبول في حقه
عبادة حتى يقصد فيها القربة من حيث كونه قبولا وان امكن في حقه قصدها
من حيث كونه وفاء للاجارة فلا فرق بعد تفريغ الصلوة عن الغير بينها وبين
اجزاء الصيغة عنه وكالة او نيابة والحاصل ان الصلوة عمل من الاعمال القابلة
للتوكيل والاستنابة وقصد القربة بها يتوقف على كونها مأمورا بها
من حيث كونها نيابة عن الغير او وفاء لعقد الاجارة والامر بها من هذه
الحيثية مفقود في حق النائب فاللازم اما منع قبولها التوكيل او منع اشتراطها
بالقربة في حق النائب والاكتفاء بالقربة التي تاتي من جهة قصد المرء المتعلق
بالنيابة ولا سبيل الى الاول للاجماع ولا الى الثالث لما مر فتعين الثاني
هذا توجيه منا لما في المستند من منع كونها عبادة في حق الاجير وهو غلط
وجيه لكنه مخالفا للاجماع اذ الظاهر اتفاقهم على كون الصلوة عبادة توقف
صحتها على القربة والاخلاص منهم كالحج مطلقا في حق النائب ولا سبيل الى الرابع

ما افاده

ما افاده شيخنا الاستاد قده في المكاسب وفي الرسالة المعمولة في قضاء الصلوة
وفي بعض تحقيقاته في مقامات اخر وتحصيل الجميع ان الشبهة انما نشأت من منافاة
قصد الاجرة لقصد القربة المعتبرة في الصلوة كما مر من التصريح به في كلام الجماعة
والفرع السابق ليس بشيء لان الاجرة انما وقعت في مقابل النيابة لا
في مقابل الصلوة فهنا فعلان لكل منهما داع غير الداعي الاخر ففعل الصلوة
المقصود به وجه الله خالصة وايقاعها عن الغير انما هو للنيابة المقصود بها
الاجرة وهذا مثل ما لو نذر صلوة لنفسه في مكان او رد للتبرك او في مكان
حار المستحق او في لباس او في وقت او في نحو ذلك فاصد بالخصوصية غرضا
نفسانيا فان الخصوصية تحد الصلوة ثم نظرا الى قصد القربة بالطبيعة ومغايرتها
للخصوصية نعم بناء على عدم جواز اجتماع الامر والنهي لا بد ان لا يكون داعي الخصوصية
غرضا محرما كالرياء ونحوه واما الدواعي الى النفسانية الغير المحرمة فالتحقيق
وفاقا للكل او الجل انه لا مانع الى كونها داعية الى الخصوصية ولا ريب ان ايقاع الصلوة
من الغير نظرا ايقاعها في مكان او زمان اجابة للغير خصوصية زائدة على اصل
الصلوة فلا تشترط فيها الخصوصية حتى ينافيه قصد الاجر وهذا الجواب مبني على
غيره لا الاشكال المشار اليه لتفاصيه توقف قصد القربة المتوقف على قصد
الامر المفقود في حق النائب لا بد من دفعه توضيح ورود الاشكال ان الصلوة
الفائتة عن الميت كانت مطلوبة منه لا من غيره لكونها من الواجبات العينية
دون الكفائية فكيف يتقرب بها النائب مع توقف القربة على الامر المفقود
في حقه فان قلت ان النيابة تجعله بمنزلة الميت وتجعل صلوته بمنزلة صلوته
فيتعلق اليها الامر عليه ح كان متوجها الى الميت قلت النيابة عبارة عن ايقاع الصلوة
عن الغير فهي عمل من اعمال النائب ولذا صح الاستيجار لها وجعلها مقابلا بالاجرة

٥

فلو توقف الامر الذي يتوقف عليه قصد القربة عليها لزم الدور كما لا يخفى ودفع ذلك
النيابة وان كانت وانما عبارة عن ايقاع الصلوة نيابة عن الغير الا ان قصد النيابة
كاف في صيرورة النائب بمنزلة المنوب عنه فقبل الاشتغال بها يصير بمنزلة المنوب
عنه بمجرد قصد النيابة فبعد ما صار بمنزلته يتوجه اليه الامر الذي كان متوجها
الى المنوب عنه وهذا لا يتوقف الا على شرعية النيابة فكل عبادة شرع فيها النيابة
تصير مطلوبة من النائب بعد قصد النيابة على حد مطلوبيته من المنوب عنه وقد يناقش
فيه بان مقتضاه وجوب العمل على المتبرع ايضا لانه اذا قصد النيابة عن الميت
صار بمنزلته فيتوجه اليه الامر الذي كان متوجها الى الميت وبطلان التالي واضح
ضرورة توقف الوجوب على الاستيجار ولا وجوب في حق المتبرع ويمكن دفعه
بمنع بطلان التالي لامكان الالتزام بانه اذا صح النيابة وقصدها المكلف يتبدل حاله
حال المنوب عنه وجوبا واستحبابا ما دام كونه على قصده سواء كانت
النيابة واجبة عليه او مستحبة او مباحا وانما الفرق بين الصورتين في وجوب
البقاء على النيابة على تقدير الوجوب دون الجواز وانما اشبه المقام المتابعة
الواجبة في الجماعة مع جواز قصد الانفراد فافهم ويمكن ان يشير الى ما ذكرنا في جواز
النيابة في الصدقات عن الحي والميت من استيجار ولا عن باستحباب النيابة شرعا
فان مشروعيتها من ضروريات الدين وكذا انتفاع الميت بها مع ان الصدقة عبادة
يحتاج الى القربة فلو لا كفاية قصد النيابة في توجه امر المنوب عنه الى النائب
امتنع القربة المعتبرة فيها في صحتها وثوابها اللهم الا ان يرجع النيابة فيها وفي
العبادات المستحبة كالحج والزيارة وتلاوة القرآن الى اهداء الثواب وهو غير
النيابة وفيه ان الثابت من السيرة وتصريح غير واحد من الاعاظم مشروعية
النيابة في الصدقات والعبادات المستحبة بالاجرة وبغيرها فقد نقل

عن علي ابن يقطين في محكي الدروس انه كان له سنة واحدة او في كل سنة سبعمائة
نائبا في الحج كلهم باجرة معينة فلا وجه للاقتصار على الاهداء الغير المقابل للاجرة
بالاستيجار على اظهر الوجهين بل صرح بعض الاعلام بان الاصل في كل عبادة قبول
الاستنابة وعمومه يشمل لمثل غسل الجمعة وسائر السنن ايضا عموم الاخبار كما
يخفى على من راجع مظانها من كتب الاخبار وكتب اصحابنا كالوسائل
والمستند ومما ذكرنا انقدح وجه اخر للتفصي عن الاشكال الناشئ من منافاة
قصد الاجرة لقصد القربة وهو ان يجعل الاجرة في مقابل جعل نفسه نائبا
للغير عن الصلوة ... عليها لا نفاية بل يقال لا بأس بمقابلة النيابة
بالمال فيكون العمل الخارجي الذي هو الصلوة خالصا لوجه الله لا يلحظ
فيه الاجرة اصلا الا من حيث الطبيعة ولا من حيث الخصوصية لكن لا يدفع بذلك
المعاوضة ما سمعت من الاستاد قدس سره لان المقابل للمال لا بد ان يكون من
الاعمال وقصد النيابة لا يعد عرفا عملا قابلا للتعويض عليه فالمقابل للاجرة
انما هو الخصوصية اللاحقة للصلوة بعد قصد النيابة وهي ايقاعها عن
المنوب عنه والاصل ما ذكره المحقق الثاني في الفروع السابق في مقام
الفرق بين الاستيجار للصلوة لينتفع بها نفسه فلا يجوز وبين الاستيجار
للاجرة لا ينافي تخليص النية وفعل الصلوة خالصا لوجه الله فانه امر ممكن
والا امتنع قصد القربة بالعبادات الموعود فيها بعض الاثار في الدنيا
كسعة الرزق في صلوة الليل ضرورة مساوات المقامين اشكالا وحلا فلو
ترتب الاجرة ان منع عن قصد القربة منع ترتب غيرهما من الاثار ايضا والا
فلا وحلان الاجرة والاثر يترتب على العمل المقرون بالاخلاص لان الفاسد
ليس بشيء فلا بد للقاصد الفائدة وقصد الصلوة خالصا لوجه الله حتى
فعل

نقص م

يستحق به الفائدة وهذا امر ممكن للمجتهد في تحصيله ويكفي في صحة الاجارة مجرد
الامكان فافهم ولا لزم العرض كما لا يخفى هذا ايضا وجيه لكنه غير مفيد فيما نحن
بصدده من الفرق بين الاجارتين لانه يأتي في الاستيجار لصلوة نفسه حرفا بحرف
والاولى الفرق بينهما بان فساد الاستيجار لصلوة النفس انما هو لفقدان
شرط من شروط الاجارة وهو كون العمل المستأجر عليه منتفعا به الى المستأجر
فان صلوة كل انسان لا تنفع ولا تنتفع في حق غيره لكنه لا يتم في المقام
فانها توجب سقوط التكليف عن ذمة المستاجر وهو من اعظم فوائده
قلت قد يشير به شيخنا في المكاسب حيث حصر المانع عن صحة الاستيجار للواجبات
في الواجب العيني مطلقا وفي الكفائي التعبدي لان الاول ملك للغير فلا يعود نفعه
الى المستاجر والثاني غير مقدور لتعذر امتناع قصد القربة اذ الفعل لا
يصدر عن داعيين مستقلين فوجوب كون الداعي امتثال امر الشارع ينافي
كون الداعي امتثال امر الشارع ينافي كون الداعي استحقاق الاجرة واما غيرهما
فلا مانع من جواز الاجرة سوى الاجماع المدعى في المقام خصوصا اذا كان متعلقا
للاجارة الخصوص كحفر البئر في هذا المكان وتكفين هذا الثوب دون الطبيعة
ثم قد ظهر مما ذكرناه امكان تلخيص النية مع استحقاق الاجرة وقد نبه
على المحقق الثاني بما لك كغيره فلا يبقى من المانع سوى كونه غير نافع في
حق المستاجر فاذا فرض كون سقوط التكليف من المنافع الصالحة للاستيجار
للعيني لزم القول بجواز الاستيجار الكفائي العبادي ايضا فالمانع من الاستيجار
للصلوة على الميت ليس سوى الاجماع بناء على ما صرح به من امكان تخليص النية حتى
نقول ان الفارق بين المسئلتين هو الاجماع لكن على خلاف ما يقولونه فانهم
يقولون ان مقتضى القاعدة عدم الاستيجار فيما استيجار الصلوة للميت الا انه لكنه

ثبت العم

ثبت القيمة هنا بالاجماع بخلاف الاستيجار للصلوة على الميت ونحن نقول
ان الامر بالعكس فان مقتضى القاعدة بطلان الاستيجار للصلوة على الميت ايضا لكن
ثبت الصلوة هنا بالاجماع ... من الامور المشتملة على العرض
المذكورة جواز استيجار خصوص الولي للصلوة على المولى عليه مع وجوبها عليه و
فيه خلاف وهو متفرع على الاول اعني جواز الاستيجار عن الاموات فان
قلنا بعدم جوازه لم يجز للولي فلا اشكال ولا خلاف وان قلنا بجوازه ففيه
المسئلة قول بالمنع ناشئا من منافاة الاستيجار لوجوبها العيني على الولي فان
مقتضاه اشتراط المباشرة ومن ان متعلق الوجوب هو القدر المشترك
بين التسبيب والمباشرة بدليل سقوطها عنه بالتبرع فيه الحقيقة يرجع
النزاع الى ذلك فمن اعترف بسقوطها عنه بالتبرع اجاز الاستيجار ايضا
ومن منع عنه اخذ بظاهر الخطاب الوارد في القضاء الظاهر في المباشرة و
العجب انه عكس في الروضة حيث فرع جواز التبرع وعدمه على جواز الاستيجار
وعدمه والصواب ما عرفت وقد يقال بجواز التبرع وسقوطه عن الميت مع
عدم سقوطها عن الولي وضعفه ضعفه مع ظهوره ثم المعروف المشهور
بلزوم جواز الاستيجار والمخالف في الجملة مضافا الى من خالف في المسئلة الاولى
كالسبزواري والقاشاني فيما حكي الحلواني والحلي والفاضل فيما حكي التذكرة و
الشهيد في الذكرى والفاضل النراقي في المستند بل عن المحكي لا استدلال
عليه باصالة عدم السقوط بعد كون الولي هو المخاطب وزاد في
المحكي في الذكرى ان صلوة الحي لا تتحمل وهذا قوة دعوى الاجماع على الكلية ويظهر الجواب
عن الاول مما مر في المسئلة الاولى وبعد الفراغ من برائة ذمة الميت بفعل
المتبرع اعني العمومات القاضية بصحة الاجارة لكل منفعة محللة مضافا الى عدم

لاجماع عليه كما مر سابقا واما الثاني فالجواب عنه ان الغير هنا ليس متحملا عن الولي
بل انما يبرئ ذمة الميت فيرتفع الوجوب عن الولي اللهم الا ان لا يمنع براءة ذمة الميت
بفعل الغير وهو مناف لما صرح بها في المسألة الاولى وانعقد عليه اجماع الامامية
من شرعية قضاء ما على الاموات من الصلوة [illegible] لمن كان له دين وكل
في ذلك الا دعوى ظهور خطاب الولي في المباشرة فلا يسقط بفعل غيره و
فيه بعد المسامحة على ظهوره في الشرطية انه معارض بقوله ع في رواية عمار
لا يقضيه الا رجل مسلم وباخبار اخر صريحة في حصول البراءة للميت بفعل غيره كما
يأتي وقد يقال بسقوطها عن الميت بالتبرع مع عدم سقوطها عن الولي كما
صرح به في المستند عملا باطلاق وجوبها عليه بناء على كونها واجبة عليه بالا
صالة وان كان مسببا عن فعل الميت واستدل عليه بانها لو سقطت
عنه بفعل غيره لكان وجوبها كفائية على جميع المكلفين فيلزم تعينها
على غيره [illegible] مضافا الى ان عدم الدليل على السقوط يكفي في ثبوتها
عليه ولو تبرع الغير ولا دليل عليه سوى ما [illegible] فاذا
فعلها الغير برئت ذمته واذا برئت ارتفع [illegible] وسوى الرواية
العليلة الدالة على العلة بان دين الله [illegible] ان يقضى ويجاب عن الاول
اولا بانه لا دليل على ان كل دين يسقط بفعل الغير واداته الاولى ان ما فوت
من الحج دين عليه مع عدم سقوطه بفعل غيره وثانيا ان براءة الذمة للميت
لا تنافي بقاء الوجوب على الولي بل بالنظر الى ظاهر الادلة اذ لا مانع من سببية
تفريط الميت لوجوب الصلوة عليها ولا اقل من الاستحباب استصحاب بعد
الشك في السقوط عن الولي وعن الثاني بضعف الحاجة الى الاخبار بعمل [illegible]
المفقود في المقام انتهى محصل ما ذكره في المقام رفع الله مقامه يوم القيام

وفي كل

وفي كل ما ذكره نظر واضح اما في الاول فلان فعل الغير يسقط عن الولي لانه
احد فردي الواجب المخير حتى يتعين عند تعذر الاخر وبين المسقط والوا
جب التخييري فرق واضح لا ينبغي ان يخفى على مثله واما في الثاني فلان ما في
الذمة اذا كان دينا محضا لزم منه سقوطه باداء الغير مطلقا فالدين كونه
اجماعيا وانما لا يسقط باداء الغير اذا كان مشوبا بالشرطية متعلقا في خصوص
مقتضى الاصل في الدين مع قطع النظر عن الاجماع السقوط فمن يدعي عدمه
فعليه اثبات شرطية المباشرة ومن ذلك ظهر فساد القياس بما في ذمة
الحي فان ما في ذمة الحي دين مخصوص بخصوصية زائدة عن حقيقة الدينية وهي
المباشرة فلا يسقط بفعل الغير لعدم كونه مطابقا للحق بخلاف دين الميت
فانه سليم عن شرطية المتقدمة فيسقط بفعل كل واحد سواء كان هو المكلف
بالاداء او غيره نظرا الى المطابقة ودعوى ظهور خطاب الولي في اشتراط
المباشرة مدفوعة بما مر ويعين كل ما دل على انتفاء [illegible] بصلوة غيره و
سقوطها عنه اذ لا يفيد وجوب قضائها على خصوص الولي تخصيصا في تلك
الادلة كما ان وجوب اداء ساير ديونه عليه بالخصوص من تركة الميت لا ينافي
سقوطها باداء المتبرع فيجمع بين مفاد الدليلين من غير منافاة بينهما ولو
[illegible] اخبار ظاهرة في سقوطها عنه بفعل غيره منها موثقة عمار المتقدمة
ومنها مرسلة الفقيه عن الصادق ع اذا مات الرجل وعليه صوم شهر رمضان
فليقض عنه من شاء من اهل بيته دل على جواز قضائه لمن شاء من اهل
بيته وصحيحة ابي بصير قال سألت الصادق ع عن رجل سافر في شهر رمضان
فادركه الموت قال يقضيه افضل اهل بيته [illegible] على استحباب تعيين بعضهم
على غير الاعلى اذا [illegible] وحمل الافضل على الولي غلط ولو كان مع القرينة فكيف

مع عدمها كما لا يخفى ولعله الاظهر لم للجواب انه عما استدل به على المنع
من بعض الاخبار كمكاتبة الصفار الى ابي محمد العسكري في رجل مات وعليه قضاء
من شهر رمضان عشرة ايام وله وليان هل يجوز ان يقضيا عنه معا عشرة ايام
خمسة ايام احد الوليين وخمسة ايام الآخر فوقع عليه السلام يقضي عنه اكبر
وليه ولاؤه ثم فان منع الوليين من القضاء بالتوزيع ووجه الظهور
ان امر خصوص الولي هنا بالقضاء محمول على الاستحباب بقرينة ما يقتضي
ولقرينة تفضيل بالولاء الغير الواجب اجماعا وكما يقتضيه استحباب تعجيل
تفريغ ذمة الميت لجواز ان يكون مباشرة الولي مع مراعاة الولاء افضل من
مباشرة غيره ولو حصل به المسارعة الى الابراء ثم بناء على ما مر لا ينافي ما
يستدل بالمكاتبة على لزوم تقديم الاكبر عند تعدد الولي بدل لكون الامر
فيه للوجوب فيدل على عدم جواز مباشرة الغير لكنه مضعف بما ذكرنا
مع امكان توجيه الاستدلال مع حمل الامر على الاستحباب ايضا واما ما
ذكره من الجمع بين براءة ذمة الميت وعدم براءة ذمة الحي ففيه مضافا الى منافاته
لصريح الادلة الدالة على كونها تحملا عن الميت لا وجوبا مستقلا على الولي
مدفوع بامكان دعوى الاجماع على فساده لان كل من قال ببراءة ذمة
الميت بالتبرع قال بسقوطها عن الحي كيف وقد عرفت ان مبنى الخلاف في
المسئلة هو هذا واما الثالث فلان اشتهارها واثبتها في كتب الاصحاب
واستدلالهم بها في هذا المقام يغني عن الحجة سندها على نقد به ضعفه
مضافا الى ما عرفت من الاشتهار الكافي للجبر هنا ان القائلين بسقوطها
بالتبرع اكثر من المانعين فظهر ان القول بجواز الاستيجار هو المعتمد بعدنا
عن المسئلة الاولى عن المقدمتين التي استند لها الشهيد ره على

جواز الاستيجار

جواز الاستيجار للعبادات الفائتة من الاموال ... انسه الجواز
الترتيب في القضاء في حصول براءة ذمة الميت بناء على وجوبه في القضاء مع
العلم على الميت بالترتيب فلا يبرء ذمته مع المخالفة كما لو فعل وهو الاظهر
وفيه اشكال وخلاف يأتي ان شاء الله ثم واعلم انه يعتبر في القضاء جميع
ما كان معتبرا في فعل الميت الا ما كان اعتباره من جهة خصوصية في
المباشر كالستر والجهر والاخفات فيقتصر ما فات منه سفرا ولو في
الحضر ويتم ما فات منه حضرا ولو في السفر ولا يجوز للقاضي الرجل
الاخفات في موضع الجهر ولو كان الميت امرأة ويجب لو انعكس والفرق
ان التخيير والاتمام موضوعان في ماهية الصلوة وكذا الحمد والسورة ونحوهما
من اجزاء الماهية وشرائطها بخلاف الجهر والاخفات لا احكام الثابتة
للفاعل باعتبار العجز والقدرة فان العبادة فيها انما هو حال المباشر بما
جزاء الاستنابة ولو كان قادرا عليها ففي وجوب الاستنابة اشكال
ينشأ من كونها مسقطا او بدلا عن فعله ولا يبعد الاول كما هو خيرة الاردبيلي
شنا ذكره في الرسالة المعمولة في القضاء جمودا على ظاهر ادلة القضاء
على الولي ويحتمل الثاني نظرا الى ... المستفاد منها وجوب تفريغ
ذمة الميت سواء كان بالمباشرة او بالتسبيب كما لو كان على الولي دين لا انفك
على ادائه مباشرة فانه يجب عليه الاستنابة في الايصال مع المكنة في المال
وربما يرشد اليه كون الولي متحملا عن الميت لان التحمل معناه انتقال الدين
من ذمة الميت الى ذمة الولي ويؤيده ما في اخبار الحبوة من انها بدل عما فات
من الميت لان التحمل فيجب على خصوص الولي قضاء ما فرضنا من ذمة الميت

عنها ثم قلنا بان الاستنابة مسقطة لزم القول بعدم وجوبها عليه ولو كان عاجزا
عن الصلوة مطلقا كفاقد الطهورين قادرا على الاستيجار والتزام به بعيد وابعد منه
كونها مسقطة ان لا يعود اليه ثواب الامتثال بامر القضاء مع الاستيجار وهو
ابعد بعيد وابعد منه ارتفاع الثواب الى الفرار عن مخالفة امر القضاء دون الا
متثال وكيف كان فالاحوط الاستنابة لذوى الاعذار مطلقا اذا كان ما فات عن
الميت صلوة المختار وتاكد الاحتياط مع رجاء زوال العذر فلا يكتفى بالصلوة
العذرية بل يستنيب ان لم يكن البدار الى تفريغ ذمته او يترقب زوال العذر
بل يجب احد الامرين بناء على وجوب التاخير على ذوى الاعذار مطلقا لكون
ما فات على الميت صلوة المختار مع رجاء الزوال وفي حكم العجز والعذر العلم
والجهل المعذور فيه موضوعا او حكما كما لو جهل القبلة فصلى الجهة المظنونة او
صلى الى اربع جهات مع التحير او في ظاهر كان مخالفا لعلم الميت فان المدار
في جميع ذلك واشباهها بحال الفاعل المباشر فانها تلحق الفعل بملاحظة
حال مباشرها لا بملاحظة ذاته ومن هذا القبيل ملاحظة مسائل الصلوة والصوم
فالمدار فيها ايضا على تكليف الفاعل النائب تقليدا او اجتهادا لا على تكليف
المنوب عنه فلو كان تكليف الميت القصر في اربعة فراسخ لغير مريد الرجوع بوجه
وتكليف الولي التمام قضى عنه تماما ولو انعكس عكس وهل يجب على تفقه ما صلاه
الميت اذا كان فاسدا في نظره الظاهر العدم لان ما فعله بدل عن الواقع وقد
تداركه فليس في ذمته شيء حتى يقضيه الولي وهذا بخلاف ما لو فعل وما
كذا قال شيخنا قده في الرسالة وقد بينا فيه بان قضية البدلية القول
باقتضاء الامر الاجزاء وليس هذا مختاره في الاصول والاولى ان يعلل بقصور ادلة

القضاء

٢٣٨

القضاء من وجوب مثل ذلك على الولي فان الظاهر منها القريب من القطع وعدم
وجوب قضاء ما تركه الميت قصورا او تقصيرا ولم يفعل راسا بما فات
منه لا من عدم التعرض للاتيان بتكليفه بل هو مخالفة اعتقاده الا
فرع لا يشمله الادلة قطعا ولو فات ما لا يعتقده الولي وجوبه على الميت
لم يجب القضاء ولو كان واجبا باعتقاده بل لا شرعه فلا بنا في فضل الحرية
نعم لو كان مستحبا باعتقاد الولي جاز له القضاء وربما احتمل الوجوب
لان الميت كان مشغول الذمة باعتقاده وتفريغ ذمته مقدور
للولي فيجب وضعفه واضح نعم لو اوصى بالقضاء وجب كسائر الوصايا
الغير الواجبة في اخراجه من الاصل على القول به في العبادات الواجبة
مع الوصية وبدونها نظر اصحه الاخراج من الثلث نظرا الى الواقع
لا الى اعتقاد الموصى اذا عرفت ذلك فاعلم ان ما نفهمه من كلام العلماء
من لزوم مراعاة الترتيب في برائة ذمة الميت فالمختلف فيه حيث نسب
الى كاشف الغطاء علم اللزوم وبه قال في المستند واستظهره شيخنا
قده في رسالة القضاء بعد ان جعل مبني المسئلة على ان فعل الولي اداء لما
فات عن الميت باعتبار الامر الاول او انه تدارك له باعتبار الامر
القضائي بعد ان جعل مبني المسئلة وجه الانبناء هو انك قد عرفت
ان جميع شروط العبادة لا بد من مراعاتها في فعل النائب القاضي عن الميت
الا ما كان من جهة خصوصية في المباشر كالجهر والاخفات ومعلوم
ان الترتيب بين الصلوة ليس من شروط ماهيتها بل هو امر منتزع قهرا
من ترتب اوقاتها وكون بعضها عقيب بعض فان صلوة المغرب
ليس من شروط صحتها ان يكون بعد العصر بل لما كان وقتها بعد العصر

وجب بعينه وكذا العصر بالنسبة الى الظهر فانها ايضا من شروطه بان تكون بعدها
بل لما كان الامر الاول الادائي بالظهر مقدما على الامر بها وجب تاخيرها
عنها فاذا سقط الامر الادائي بالظهر لعصيان او لخروج وقته وثبت وجوب
قضائه بدليله وجب الاقتصار على مفاد ذلك الدليل فان دل على اشتراط
ذلك القضاء بالترتيب عمل به والا فلا ... وليس الترتيب من شروط
الماهية الثابتة للصلوة مع قطع النظر عن كونه اداء وقضاء بل من الشروط
الملحوظة فيها خصوص احدى الحالتين وهي حال كونها قضاء كاختلاف
القصر والاتمام شطرا او شرطا ... تختلف القضاء والاداء فان كان فعل
الولي تداركا للصلوة الادائية لم يجب عليه ولا على من يستاجره مراعاة
الترتيب ولو كان تداركا للصلوة القضائية وجب هنا ملخص ما افاد ولقد
اجاد الى ان قال فالعمدة في وجوب الترتيب في قضائه عن نفسه كون مطلق
القضاء كذلك سواء كان عن نفسه او عن الغير اول الظاهر من الادلة انه
يجب على الولي جميع ما كان واجبا على الميت شطرا او شرطا الا ما كان من جهة
خصوصية في المباشرة كالجهر لعدم وجوبه على الولي ودعوى انه لا دليل
على انه يجب على الولي جميع ما كان واجبا على الميت واضحة الضعف وفتح
هذا الباب قاض بالتامل في وجوب غير ما هو من لوازم ماهية الصلوة
كالسورة ونحوها والاحتياج في اثبات وجوبها على الولي الى التعلق
بالاجماع على وجوبها في غير النافلة وليس كذلك بل لو فرض انه لم يكن
اجماع على هذا كان ادلة الباب كافية في وجوبها عليه ومع هذا لا يجدي
احتمال كون الولي نائبا عن الميت في تدارك الاداء لا القضاء ولو سلم
فلا ريب ايضا في ان ظاهر الادلة كون الولي نائبا عنه في ادائه ما في ذمته حين موته

لاما كان واجبا

من الوجوب ... لقضاء ... على الولي ... ما وجب ... في المدة ... ان ... لم ...

لاما كان واجبا عليه في السابق لانه ... مات في الحضر بعد دخول الوقت عليه
في السفر وجب عليه اي الولي ان يقضيه عنه تماما لا قصرا على القول المنسوب للمشهور
من كون العبرة في الاداء بحال العقل لا بحال التكليف وههنا ايضا كذلك لان
الفوائت كانت واجبة على الميت في وقت بدون الترتيب الشرعي الجعلي ثم صارت
واجبة عليه مع مراعاة الترتيب والحاصل انه يجب على الولي تفريغ ذمة الميت
سواء كان نائبا عنه في تدارك الاداء او في تدارك القضاء ولا يفرغ ذمته
الا بمراعاة الترتيب نعم لو بني على كون التكليف متوجها الى الولي اصالة لا نيابة
اتجه منع وجوب مراعاة الترتيب عليه وان كانت واجبة على الميت لكنه خلاف
التحقيق الذي عليه الاستاد قدس سره الا ... وفاقا للعلامة وجوب الترتيب في
القضاء سواء كان القاضي وليا او غيره جواز استيجار اجيرين
واحد منهما على سنة وانه لا يعتبر اشتراط الترتيب عليهما في صحة الاجارة
لو اتفقنا في العمل وجب على كل منهما قضاء نصف سنة فلا يستحق كل منهما
على سنة سواء علم كل منهما بعقد الاخر ام لا لكن مع الجهل يقضي الولي اجرة
نصف السنة على اشكال لخلاف صورة العلم ولذا كان ما اورده في محكي
جامع المقاصد من الاشكالات على العبادة ثم تشرحها بما ينحسم به الاشكال
بعضا لما قد هنا اشكال الاول ان الفعلين اذا وقعا دفعة الا ... اول
ابعة اجزائهما معا وهو معلوم البطلان اذ انما هو فعل احدهما فلا يعقل
اجزاء الفعلين مع ان الاجزاء مطابقة الفعل للامر واجزاء احدهما بعينه
ترجيح بلا مرجح ولا بعينه ايضا باطل لان ما لا تعين له في حد ذاته لا وجود له
فكيف يوصف بالاجزاء فلم يبق الا بطلانهما ... ان ما ذكره يقتضي جزاء فعل
احدهما تارة وفعل الاخر تارة اخرى وهو قول المجرد المشهى ... انهما

اذا كان كل منهما عالما بالآخر فحاله في ايقاع النية لا يكون احدهما جازما بان فعله
هو الواجب وللجزم بالنية حيث يكون شرطا وفيه اشكال وهو انهما اذا كانا عالمين
كانا منهيين عن الاشتراك في الفعلين والنهي في العبادة يقتضي الفساد
انهما اذا كانا جاهلين يجب الحكم بصحة فعليهما ولا يقدح فوات الترتيب لانه
شرط مع العلم لا مطلقا الا ان يقال ان عدم العلم بالترتيب انما يقتضي
مع جهل المكلف به دون القاضي عن غيره ويشكل بان القاضي عن غيره لو نسي
وصلى العصر قبل الظهر صحت وصلى الظهر عن المصلي عن نفسه الا ان يقال الشرط
الترتيب في عقد الاجارة اقتضى عدم الصحة من هذه الجملة فالحكم في ذلك
وليس له الا وجه واحد وهو ان الاتيان بالواجب مرتين امر جائز لا مانع منه
فان كلاهما عند الله عز وجل يقع فرضا عن الحلف والآخر نفلا مع تسقط الاشكال
كلها الا ان ثبوت مثل هذا الجواب يحتاج الى دليل انتهى قال السيد مثل
الكل بعد فعل العبادة مرتين الا في مواضع خاصة لقيام الدليل عليها
تقدير الجواز ففي سقوط جميع الاشكالات اشكالات اما الاول فلامنافاة
توضيح احدها لا بعينه او القول بالمنتهى اذا اقتضى ما عنده ان الواجب فدائي
به مرتين وكلاهما صالح لاسقاط ما في الذمة فتقول لك بايهما سقط ما
في فعل زيد او عمرو لا بعينه فان قلت سقط نصفه بفعل هذا لا بعينه ونصفه
بفعل هذا لا بعينه ونصفه بفعل هذا لا بعينه وهو الذي قررت عن مثله واذا
قصدت بذلك الجمع بين الحقين الا ان نقول لا يضر الجهل لمكان الجمع كما هو
في نظائره وهو مراد المصنف لكنه لا يندفع به الاشكال ثم انها قد يكونان
متساويين فلا كل عند الله عز وجل الغني ذلك مما حكي انه يقال في معنى
قوله كلاهما عند الله عز وجل يقع فرض الحلف والآخر نفلا وفي صورتها اذا كان

صلوة احدهما اكمل كيف يكفي عن صلوة الآخر قبل ان يعلم بعد كون الاكمل
فرضا والآخر نفلا انما يستقيم اذا كان المصلي هو الحلف واما اذا كان
نائبا اجيرا فلا يستقيم لانه لا يسقط عن ذمة الاجير الا بفعل ما يستحق عليه
في حق الآخر فكيف يكون فعله صحيحا حتى يكون نفلا وجوابه ان المحقق انما قال
بكفاية الاكمل بل قال بوقوعه فرضا وقوع الآخر نفلا ولا ينافيه ابقاء براءة
ذمة الميت بالاكمل بعد تسليم المقدمة المذكورة وهو جواز اتيان الواجب
مرتين اذ بعد مشروعية ذلك في حق الحلف مباشرة ثبتت مشروعيتها
تسبيبا واستنابة بادلته قال واما الثاني فانكان مراد المصنف بالتنصيف
على وجه الجمع بين الحقين كما يظهر استظهره فلا ابعد به اصلا والا فلا
ينبغي ان يكون الواجب الذي يجوز الاتيان به مرتين لانه انما يجب
بالمنتهى او السقوط بغير مختصة واما الثالث فلان الواجب الذي يجوز الاتيان
به مرتين وينوي به الوجوب هو الذي لم يعلم احتمال البطلان او كونه نفلا
فلك بما اذا تيقن ان احد الفعلين او نصفه يكون نفلا او باطلا فلا
النية لا يكون احدهما جازما بان فعله الواجب والآخر نفل بالجزم في
بان يتاخر عنه ويترتب والمفروض انهما عالمان وللجزم بها شرط
يكون وليسها عن فيه من باب المقدمة نعم يندفع بذلك الاشكال الاخير
هكذا في نسختي واظن ان الصحيح هو لاجد لكن الصواب ان يعرف لانه
يستثناه ساقط عند نفسه بل لا يندفع الا ان يفرض انهما اقتديا في جمع
صلوتهما في كل صلوة خمسة وان كلا منهما نوى الظهر التي نويها
الآخر لاجدهما وانما هي صورة واحدة وحده مع التامل في هذا الوجه
منهاج وعن صورة الاولى الصورة الثانية ولم يبين حالها ولا تعرض

لحاق جميع ماذكر فتدبر انتهى واراد بالصورة الثانية ان يبنى زيد بعمرو
ثم يبنى عمرو بالعصر قبل اتمام الظهر فلينتهوا فيفتح الحال فيما افاده العلامة
ره وافاده الشارحان على استيفاء الصوم الاولى فاستيجار الاجير بنيابتى
عن اشتغال ذمة … الا سنة واحدة هذا جوازه مبنى على الوجه الذى ذكره
المحقق الثانى ره عن جواز اتيان الواجب مرتين ولا يمكن … ذلك اللهم
ان لا يكون ذلك لاجل الاحتياط واحراز الواقع نظرا الى تطرق احتمال
الفساد فى الصلوة ولو اتى بها … وهو حسن دون الوجه الاول ضعفه
قولا وقائلا لكن لا بد ان يعلم ان التنصيف الذى ذكره العلامة لا يأتى ح اذا اوصى
له بعد عدم اشتراط الترتيب بين صلوتها كما لو استاجر على قضاء … او
احتياطا او بناء على جواز الاتيان بالواجب مرتين فلا اشتراط الترتيب بينهما
قطعا فلا وجه للتنصيف وعدم استحقاق كل منهما تمام الاجرة بل اللازم
صحة الصلوتين اقترنتا او تعاقبتا نعم لو اشترط فى هذه الصلوة على المستاجر
خيار تخلف الصلوة … الشرط لان الشرط هنا ليس لما يتباعد شرعا حتى يكون
لغوا فلا يفيد سوى الخيار ومما ذكرنا ظهر ان الوجه الذى بنى المحقق
الثانى فى الاشكالات عليه غير وجيه انما عظم الاشكالات وان لم يشر اليه
فى كلامه توجيه التبعيض الحكم الحلى … لصحة نصف السنة دون تمامها والوجه
المذكور … ويؤيد لا اشكال كما لا يخفى فكيف يكون … نعم هو دفع
لهذه الاشكالات المذكورة فى كلامه لا هذا الاشكال الثالثة ان يكون
ذمته مشغولة بسنتين واشترط الترتيب فى عقد الاجارة فان اقترنا بطل
صلوة من اشترط عليه التاخر واما صلوة الاخر فلا وجه لبطلانه ضرورة
عدم مخالفته للشرط اذ التقديم غير قابل للاشتراط لعدم القدرة واما

المقدور القابل له هو التاخر بان اشترط على زيد ان ياتى بعد فراغ عمرو
نعم لو كان لشرط التاخر … بالتوقيت بان يجعل وقت احدهما قبل الظهر
ووقت صلوة الاخر بعده مثلا كان فى نسبة الاشتراط اليهما صحة وفسادا على
حد سواء فبطل الصلوتان بعين ما … الاجرة دون القضاء
كما لو فعلا من استيجار فى ذمة الميت من سنة واحدة بناء على التحقيق
لذا مثل الثانية مع اشتراط الترتيب والكلام هنا ثانية فى … المقارنة
والاخرى فيما يتحقق به اما الاول فالذى يقتضيه النظر ما ذكره العلامة
ثلث من افراد السنتين عن واحدة منه كل منهما يجب … نصفها سنة
اشهر وعليه مثل ذلك حتى يستحقوا اجرة تمام السنة وذلك لان المكلف
به اذا كان امرا كليا فالواجب هو ايجاد ذلك الكلى من غير فرق بين ايجاده
فى ضمن فرد … وازيد لعدم ما يقتضيه مراعات الوحدة والتعدد
فان اتى فى ضمن فرد … به مرة بعد اخرى سقط الطلب بالاول
وكان الثانى لغوا … كما هو ظاهر العالم فى …
وان اتى بالفرد … دفعة واحدة كان امتثالا واحدا فالماموريه العتق
مثلا لو اعتق الاثنين بصيغة واحدة حصل الامتثال بهما معا … وهو واضح
ولذا الماموريه الصيغة وامتثالهما مما يمكن … فى ضمن …
دفعة ومن هنا علم ان الواجب الكفائى لو قام به اثنين ح ان واحد
كان نسبة الامتثال اليهما على حد سواء فكل منهما اتى … ممتثل
للامر لان هنا امتثال واحد قائم بهما … اثنين فتدبر او فتح … على
قدم احد بعد اخر فان … بالوجوب ح هو فعل الاولى والاخير
فيما نحن فيه اذا اقترنا فى العمل كما لو اوقعا باجمعهما … لا سبيل

الى الكر بطلانها لدخول كل منهما فى العبادة على الوجه المأمور به حيث لم يشترط الولى عليهما الترتيب ولا الامر المقتضى للاجزاء الى معين احدهما المعين لعدم المرجح ولا الغير المعين لعدم وجوده فتعين الحكم بصحتهما جميعا لكن لا بسبب للميت ولا لهما الا صلوة واحدة فاذا نوى كل واحد منهما ظهر لم يبرئ الميت الا من ظهر واحد لا يحسب لهما الا ظهر واحد فيستحق كل منهما نصف الاجرة وشرطهما ان يصليا ظهرين اخرين متعاقبين او متقارنين لبقاء المحل وقدرتهما على الوفاء وتسليم العمل وهو ظهر مستقل وهذه الكلفة الزائدة انما جائت من قبلهما قصورا او تقصيرا وهذا مبنى على عدم اشتراط الصلوة المأمور بها بالوحدة والانفراد بان يكون الواجب على المكلف كلى الظهر المتسع او فرد الا الظهر المقيد بوجودها فى ضمن فرد واحد والفرد المقيد بالوحدة والا اعتبر ما ذكره المحقق الثانى ره من البطلان ضرورة عدم فراغ ذمة الميت ح بالظهرين المقارنين من شئ لما ذكره من عدم مطابقة المأتى به للمأمور به فما حققه ما ذكره العلامة ره من صحة الصلوتين مبنيا على هذه المقدمة اعنى عدم تقييد الصلوة المأمور بها فى كل وقت بالوحدة واطلاقها فانه بنى على الاطلاق هو الظاهر حصل الامتثال بظهرين متقارنين فى كل وقت عن ظهر واحد نظير حصول الامتثال بعتق عبدين دفعة عن العتق المأمور وانما انحصر الامتثال فى ضمن فرد واحد ويكون الثانى لغوا او تشريعا فى صورة المباشرة لعدم تعقل وجود ظهرين دفعة بظهر واحد بخلاف صورة المباشرة مع تعدد النائب وتقارن الظهرين بفعل واما استحقاق كل منهما نصف الاجرة فلان فراغ ذمة الميت عن ظهر واحدة حصل بفعلهما لعدم الترجيح فان كل منهما كان الاجير للتفريغ ذمة الميت عن ظهر

مستقل

مستقل فاذا اشترطا فى التفريغ عن واحدة استحقا معا اجرة ظهر واحد فلكل منهما نصف الاجرة عليهما تفريغها عن نصف الظهر الاخر فعلى كل منهما ظهر اخرى مقدمة لتسليم النصف الباقى فلو بادر احدهما الى الاخرى فلو لم تكن ذمة الميت مشغولة الا بالسنتين برئت ذمته ولم يبق لفعل الاخر بعد محل وللمبادر اجرة الظهر ظهر واحد فلو كانت مشغولة كان على الاخرى ظهر اخرى مقدمة لتسليم ما عليه من النصف وبما ذكرنا ظهر الحال فى عبادة تمام السنة والحاصل ان ما ذكره العلامة ره من صحة فعل كل منهما مع وجوب قضاء نصف سنة مبنى على ما عرفت من اطلاقها فى الامة وعدم تقييده بالوحدة واشكال المحقق الثانى وحكمه بالفساد انما يتم لو كان مقيدا بالوحدة والانفراد ثم اعلم ان ما حققنا لا يكفى فى توجيه ما افاده العلامة ره الا بعد اعتبار احدهما ان يكون متعلق العقد فى استيجار كل منهما تفريغ ذمة الميت عن عبادة سنة لا نفسها والا لم يجب عليهما قضاء نصف السنة لحصول التسليم التام وان لم يحصل غرض المستأجر فعليه ضمان اجرة السنة لتفريطه بعدم الاعلام نعم لو كان المقارنة سبب البطلان الصلوتين لم يحصل التسليم لكن الفرض الصحة دون البطلان وجب على كل منهما قضاء سنة لا نصفها كما هو واضح وانت خبير بان تنزيل مصب العقد على غرض التفريغ دون العبادة اعتمادا على شهادة الحال فى غاية الضعف والسقوط ومع مقتضى القاعدة مع عدم اشتراط الترتيب استحقاق كل منهما تمام الاجرة من دون قضاء وتدارك والثانى ان يكون المقابل بين عبادة سنتين راجعة الى الشخص المفردى مع اتحادها بحسب

الحقيقة والمهية وهذا على القول بوجوب الترتيب مشكل لا دليل عليه بل الظاهر مغايرتها وامّا الظهر والعصر فقضية ذلك الفساد مع المقارنة بل مقتضاه فسادها الاجارة مع عدم التعيين وتوقف صحتها على تعيين ما متعلق مطلق العقد في كل من الاجارتين باستيجار زيد العبادة السنة الاولى وعمرو لسنة الثانية فلو اطلق ولم يعين كان مثل ما استاجر الظهر او لعصر ولم يعين فان قلت ان الظهر والعصر هاهنا مختلفتان دون الظهرين مع الاشتراك في السبب لان تعدد المهية انما علم من تعدد الاسم واختلاف الوقت او اشتراط الترتيب فهذه كلها مشتركة بين المقامين لان الظهرين ايضا مختلفان وقتا ومشروطتان بالترتيب فلم صار الظهر والعصر هاهنا مختلفتين دون الظهرين فان قلت ان اختلاف المهية كاشف عن اختلاف المهية وهذا مختص بالظهر والعصر ولا يأتي في الظهرين قلت لا ريب ان المغايرة المفردة وهي كافية في مغايرة الاسم وموجودة في المقامين وانفراد احدهما في الثاني بالاسم لا يقتضي باتحاد المهية في احدهما واختلافهما في الاخر اللهم الا ان لا يتعلق بالسيرة والاجماع لان اخذ الاثنين لقضاء العبادات من الاموات عليهم سيرة المسلمين ولم يعهد منهم تعيين الاجير عند تعدد النائب فيعلم من ذلك عدم الخلاف في صلوة يوم او شهر او سنتين الا في المشخصات المفردة بخلاف الظهرين فانه لا اجماع على كونهما مما ... معا يرتين ويحصل المقام في توضيح المقام هو ان ما ذكره الفاضل في هذا الفرع لا يتم الا بمقدمات ثلثة الاول ان يكون المكلف به فصلوة يوم من او كل يوم امرا كليا غير مقيد بالوحدة ولا الانفراد حتى لا يكون اجتماعهم في يوم مثلا ما ينافي احدهما

عن ظهر

تعدد هما في العينين كما في الظهرين ... ان يقول ... المهم ... ولم يكن ... ان الظهر والعصر ... مختلفتان ...

عن ظهر واحد والثانية ان لا يكون اختلاف الوقت او اشتراط الترتيب او تعدد الامر كاشفا عن اختلافهما من حيث الماهية كالظهر والعصر والا فسد لعدم التعيين الثالثة ان يكون متعلق الاجارة مع كونها العبادة نفسها مبنى على تفريغ الذمة اذ لو لم يكن لاولى والثانية لزم الفساد وعدم براءة الذمة عن شيء كما مر فالاشكال الحقيقي الثاني مبني على عدم ثبوتهما او نفي ثبوت احدهما ولو لم تكن الثالثة لزم استحقاق الاجير تمام الاجرة من غير فصله كالا او ... واثبات صحة العقد بالدليل دون تفاوت القيا نعم لا بعد القول الاولى جمودا على اطلاق وعدم دليل على شرط الوحدة هكذا ينبغي توضيح المقام بقي الكلام في ضمان الولي للاجير اجرة السنة التي تبيّن اداءها وفي وجه الاشكال الذي ذكره فعن الايضاح انه ينشأ من كون المستأجر غار العدم اعلام كل منهما باستيجار الاخر حتى اوقعهما في هذه الكلفة والخسارة فيضمنها للغرر ومن انهما مباشران لسبب الخسارة وهي المقارنة وقد قدرتا على الاستعلام فصار التفريط بينهما ولنا اجرة الفعل الصحيح ولم يفعله ثم قال الاصح الاول وهو الذي قواه في محكي الحواشي وجامع المقاصد وربما توهم ان الجهل هنا كالجهل بالعيب والعيب عذر مانع عن الحفظ وليس كذلك بل الجهل هنا كالجهل بمغصوبية الطعام الذي يعرضه الغاصب على الجاهل ولا يترتب عليه شيء فضمان المغرور ولا يوجب الفساد وان ما سمعت من احتساب السنتين سنة انما هو اذا كان الاقتران في جميع الصلوات حتى يكون اقترانا في جنس واحد فلو اشتغلا دفعة بجنسين بطلتا مع اختلاف صلوتهما ولم يفرغا دفعة ... وهذا اظهر

من الصلوة كالاولى ... عليهما ... جميعا ...

٥

وهذا عصر فان التفريع لم يحصل بحل منهما على خلاف الترتيب المقرر شرعا
ولا باحدهما لا بعينه لعدم وجوده ولا باحدهما المعين لبطلان الترجيح بلا
مرجح ولا بهما معا كما كان كذلك مع اتحاد الجنس لعدم مطابقتهما للمامور به
ان لم يكن على الميت صلوة مركبة من ظهر وعصر وما ذكره المحقق الثاني
من الفساد لعدم المطابقة انما ينطبق على هذه الصورة لا مطلق ومنه يظهر
ان اطلاق العلامة بالصحة واحتساب السبق سنة واحدة غير وجيه وانما
يتجه لو افترقا في جميع الصلوة الى اخر السنة بان افترقا بالظهر والعصر
والمغرب والعشاء والصبح الى اخر السنة ولا فرق في الحكمين اعني
احتساب الصلوتين صلوة واحدة مع اتحاد الجنس وعدم الاحتساب مع تعدده
بين وجوب الترتيب على الميت شرعا وعدمه فلو لم نقل بوجوب الترتيب
في القضاء اما مطلقا او مع الجهل وكان الميت جاهلا كان الحكم في صورة
الافتراق ان ابقي ما ذكرنا فلا يحسب للميت ولا لهما الا صلوة واحدة مع الاتحاد
ومع الاختلاف لا يحسب شيئا مع وجوب الترتيب لما مر واما مع عدمه فلعدم جواز
المخالفة القطعية لان معنى عدم وجوب الترتيب عدم وجوب
الاحتياط المقتضي للتكرار المذكور في بابه لا جواز المخالفة القطعية اللازمة
للافتراق ومن هنا يظهر ما ذكره الفاضل من مبني على وجوب مراعاة
الترتيب في القضاء ليس من فروع مراعاته لان احتساب السنتين سنة ليس
على وجوب مراعاته بل لو فرض سقوط الترتيب على الميت للجهل واستاجر
الولي اجيرين لسنتين فصليا جماعة او فرادى متقارنين في جميع صلوة
السنة لم يحسب للميت ولا لهما الا سنة واحدة وعليهما قضاء نصف سنة
اخرى كما انه لا يحتسب لاكثر ولا لهما شيئا لو افترقا في الصلوتين المختلفتين وانما

يظهر الفرق

قضاء ...

يظهر الفرق بين وجوب الترتيب وعدمه في شيء اخر وهو الفساد بعدم
ما حقه التاخر على تقدير الوجوب فيفسد انهما ولو فرض علم الميت
بالترتيب وعلم الولي والاجير بعلمه فلا يجوز لهما ازاء مخالفته بل
يجب مراعاته عليهما ودعوى جواز الخالفة القطعية غير ثابتة
بل الظاهر ان مراد الفقهاء بعدم وجوبه سقوط الاحتياط بالتكرار
لا سقوط الترتيب راسا لا دليل على السقوط لا يساعده كلا
مهم على من راجعه وتلخيص المقام وتوضيح المرام هو ان افترانه
فيما بين سواء كان الترتيب واجبا على الميت ام لا لما فيه من المخالفة
القطعية فان افترنا بنوعين فيما افترنا فيه فان كانت من جنس واحد
كما لو اجتمعا من ظهر او عصر احتسب للميت ولهما صلوة واحدة من
ذلك الجنس وان كانتا من جنسين بطلتا فالترتيب بهذا المعنى اعني
التحفظ عن الافتراق ان عد مبنى على الترتيب المعتبر في قضاء الفوائت بل هو ثابت مطلقا
وجب الترتيب او سقط وانما المبني عليه الترتيب بمعنى اخر وهو الاشتغال
بالاسبق فالاسبق واذا عرفت ذلك فاعلم ان مراعاة الترتيب في
القضاء عن الميت انما هو مع علمه بالترتيب وعلم الولي فلو جهل فان كان
مع العلم بعلم الميت فقد صرح بعض مشايخنا بوجوب التكرار لتحصيل
الترتيب من باب المقدمة بعد كونه مكلفا بتفريغ ذمة الميت عما اشتغلت
به وهو لا يعلم الا من دون مراعاته وفيه تامل اذ الظاهر كون الترتيب من قبيل
المشروط التي يلاحظ فيها حال الفاعل لا المنوب عنه كالطهارة والتيمم
وقد عرفت في المسئلة السابقة ان ما كان كذلك لا يجب على الولي مراعاته
بل العبرة فيه بحاله لا بحال الميت كالجهر والاخفات ولا اقل من الشك فيرجع

والفائت ... ولا ...
... ثبت ولها
صلوة واحدة من ذلك الجنس ...

بعد عدم الطلاق ما دل على الترتيب في القضاء وحينئذ فالمنشا الى الاصل
مضافا الى ما في وجوب مراعاة الترتيب عليه من العسر والحرج المشديد في
غالبا وان كان بدون العلم بعلة ففي وجوب الترتيب عليه تعيينا بالفعل
نظر الى ان الشك انما هو في المكلف به وهو فوائت الميت لدورانها
بين ما يحصل معه وما يتوقف على الترتيب او عدمه لاصالة البرائة و
حينئذ اقويها الثاني وفاقا لبعض مشايخنا واستظهره من العلامة
في العبارة المتقدمة والفخر والشهيد وكل من قال بمثل ما قال الفاضل
من وجوب قضاء نصف السنة على الاجير وما اورد عليه بان هذا
الفرع في القواعد انما هو في صورة علم الولي بالترتيب دون الجهل لانه
جعله من فروع اعتبار الترتيب في الفوائت ومن المعلوم ان الترتيب
المعهود في الفوائت انما هو بالمعنى الاخص الذي يتوقف على العلم به فلا
وجه لتنزيل كلماتهم على ما نحن فيه وهو وجوب الترتيب مع الجهل
بحال الميت وكيف فواتنه قلت اشتراط الترتيب بعلم النائب ولما
كان او اجيرا الكلام والمسلم من لا اشتراط انما هو علم الميت نفسه
بالترتيب واما علم الفاضل فقد عرفت انه محل نظر فلا ظهور
لعبارة الفاضل في ان غرضه من الترتيب هو الترتيب بالمعنى الثاني من الجائز
ان يكون مذهبه وجوب مراعاة الترتيب على القاضي بل المقدمة
مع علم بالترتيب ام لا بل لو سلمنا انه لا يقول بوجوبه الا انك عرفت ان
الترتيب بالمعنى الثاني اعني المحافظة على عدم المقارنة واجب على القاضي
ولو قلنا ان الميت المنوب عنه جاهلا بترتيب فوائته فراعي المخالفة
القطعية كما مر لم يذكر من فروع مراعاة الترتيب على الولي والاجير ولا

عبده محمد غفا الله له فيه تعريض بجمهور علم
لقصوره علم الولي والاجير الترتيب

فرع المقارنة

فرع المقارنة وهنا مشترك الورود بين العلم والجهل فمن علم ان فرضه
لتمام الفوائت انما هو صورة العلم دون الجهل بل الظاهر الا اقتصار
على هذا الفرق بين الفروع وعدم التعرض لسائر الصور مثل ما اذا
اقترنا في مختلف الجنس يشعر بان غرضه من الترتيب انما هو عدم التقارن
بالترتيب الذي لا يشترط بالعلم كما عرفت نعم ظاهر لفظ ترتيب الفوائت
في قوله وجب على الاجير الاتيان على ترتيب الفوائت وهو الترتيب بالمعنى
الثاني المعتبر في القضاء لكن هذا الظهور قد يقال انه ليس باقوى من
ظهور الاقتصار من صورة مخالفة الترتيب على التقارن في الترتيب
بالمعنى الاول وكيف كان فالاقوى في المسئلة ما عرفت بقي الكلام
في المقام الثاني اعني ما به تحقق المقارنة فنقول صرح الشهيد قده
وغيره بانها تحصل بالاقتران في النية ولعل وجهه انه بدخول الثاني
لا يبقى امر بالصلوة حتى ينويها اللاحق فتقع باطلة صلوته و
صحة الاولى اولا ان المحشي ان النية لا تعلم الا بالاقتران في الاحرام
ولو كانت جزء فيكون المدلول عليه لا عليها وثالثا الامر بالصلوة لا
يحصل الاشتغال به قبل الفراغ فما لم يحصل الفراغ منها الامر بحاله دخلها
ام لا فحال بعد دخول السابق كحال قبل الدخول وح يجوز للاحق
الدخول فيها ومقتضاه حصول التقارن بالجزء الاخير خاصة دون الاول
ودون جميع الاجزاء كما قيل وح تمام الاجير في العبادة انه لو علم بوجود
اجير اخر جاز له الاشتغال بشيء منها واحتمال انه اشتغاله بمثل ما اشتغل
به سابقا او مقارنا واما لو علم بوجود اجير اخر فهل يجوز له الاشتغال
مع الشك في اشتغال الاخر بما اشتغل به عملا باصالة الصحة والعدم

مدفوع بالاصل

ح يشترط ذلك دليل جواز الدخول
قبل الاحرام وان قيل ان دعوى الدلالة
الدلالة على اعتبار النية فيها لان الاجزاء
بينهما

والاقتران بجميع الاجزاء

او يجب عليه القطع بعدم الاشتغال فضلا عن شرطية الترتيب وعدم
لتفويض الاصليين باثباته الاعلى القول بالاصل المثبت وجهان اقويهما
الجواز لعدم وجوب تحصيل الترتيب على الاجير بعد اطلاق عقد الاجارة
كما هو للمفروض غاية الامر توقف صحة العبادة في حقه على عدم علمه
سابقا او مقارنا وهو مقتضى الاصل واما اصل الصحة فالتمسك
بها في المقام خطا لان الكلام في صحة العمل الذي يريد الاجير عمله في
العمل الذي فعله الاخر ومنه يظهر ان ردها ببطلان الاصل المثبت كما حكي
عن بعض [illegible] ليس في محله فذكرها للاستدلال لا يناسب هنا ولا في الجواب
عنها واما المخالفة القطعية الحاصلة من اجراء كل منهما اصالة العدم فهو
غير قادح كما لا يقدح مخالفة العلم الاجمالي في واجدي المني في الثوب المشترك
كما لا يخفى نعم قد يقال باستحباب الامر على الولي لانه مكلف بتفريغ
ذمة الميت ومع المخالفة القطعية لا يحصل العلم بالفراغ والوفاء
المخالفة العلم الاجمالي هنا في حق شخص واحد وفي الاخرين في حق [illegible]
فلابد من العلم بحصول الترتيب او من التفويض الى العدل اولا العلاء
ثم اخبارهم بحصول الترتيب ولا يكفي التفويض الى العدل لجواز اعتمادهم
عند العمل على الاصل الغير الكافي في اثبات الترتيب اللهم
الا ان يضم اليه اصالة الصحة بناء على القول باثبات الصحة الوضعية
الواقعية وهذا البحث آت في الوصي والوكيل وغيرهما ممن يباشر
الاموات فيجب عليهم اما تحصيل العلم والتفويض الى العدل وربما
يترتب لا اصل [illegible] عليهم من [illegible] فان ضمان الخطاء مع التفويض عليهم
كما [illegible] في ضمان الولي لكن لهم طريق الى الفرار عن ذالك بان لا يقبلوا

باستصحابه

في الولي به

[illegible]

الوصاية والوكالة في الاستيجار تفريغ الذمة بل نقل الوصاية والوكالة
للمولى هذه المدة وحده كانه مكلف بتفريغ الذمة مثلا او شبيها له
لم نقل بكون السبب مسقطا لفراغ الواجب المخير كما تقدم فلنعد
الى ذرع الكتاب فنقول لو استاجر لحمل عشرة اقفزة من جوه مثلا
فاعتبرها ثم حملها وكانت الاقفزة المحمولة اكثر من العشرة فان كان
المعتبر لها هو المستاجر او الموجر او الاجنبي بامر احدهما او بغير امر وعلمه
المتعاقدين فباشر الحمل اما المعتبر او غيره مع العلم بالزيادة او بدونه
وصورة للمسئلة اثنتان وستون كما في المسالك والكلام في
الكل تارة في ضمان اجرة الزيادة واخرى في ضمان الدابة اذا تلفت فان كان
المعتبر وهما باشر الحمل [illegible] هو المستاجر لزمه اجره مثل الزائد مع المسمى
لا اجرة مثل المجموع على الاشهر خلافا للمحكي عن الاردبيلي فاستوجه
اجرة المثل المجموع فلو كان المسمى عشرة دراهم وكانت الزيادة قفيزا
وكان اجرتها منفردة درهما واجرة المجموع اربعة وعشرين
استحق تمام الاربعة والعشرين دون المسمى اي العشرة بشرط لا انما
ذا زيد عليها صارت بمنزلة المستاجر عليه فيستحق اجرة مثل المجموع
فلو كان المسمى عشرة دراهم وكانت الزيادة قفيزان وكانت اجرتها
منفردين درهمين واجرة المجموع اربعة وعشرين درهما استحق
تمام الاربعة والعشرين دون المسمى [illegible] واجرة مثل القفيزين
منفردين وهو [illegible] او منضمين وهو اربعة وتوضيح ذالك في
اجرة الحج وحدها والحقه كك فانه لا اجرة [illegible] ستة في التفاوت
والجميع الصواب اجرة كتب وحمل الاخبار الدالة على اجرة الزيادة

٢ در بعضی [illegible] الزيادة [illegible] كان [illegible]

خاصة لخوف ولا دخل الصفيل وغيرها ولا الاجماع على الغالب الذي
هو ما لا يكون للاجماع دخل في زيادة الاجرة وبعد مخالفته لظاهر النصوص
والاجماع بان مفروض البحث ما لو كان الاستيجار على العشرة لا بشرط
فلا يخرج عن استيفاء المستاجر لها منضم غيرها معها عصيانا او جهلا
فلا وجه لاستحقاق الموجر اجرة مثل المجموع وهي اربعة وعشرون في المثال
المذكور بل له العشرة المسمى واجرة الفعل من منضمين وهي اربعة
دون الاثنى قلت ويمكن الفرق بين ذلك لكن فان كان العدد المشروط
في العقد منصرفا الى ما لا يكون معه زايد اخر مقابلا لاجل تكون
الجملة مغايرا لما يقع عليه الاجارة والاجرة مقابلة الاسباب
ولا يبعد تنزيل كلامهم على الغالب الذي لا انصراف فيه لكن قد يقال
في صورة مغايرة اجرة المجموع لاجرة الاحاد بالانصراف نظرا الى
الحال وحمل كلمات الاصحاب على غير تلك الصورة ليس ببعيد واما الروايات
فموردها التعدى في المسير عن المكان الذي استوجرت الدابة
وبينه وبين ما نحن فيه تفاوت احتمال الفرق نظرا الى مدخلية
خصوصية الاجارة في الحمل غالبا دون السير ودعوى الاطلاق وعدم
الانصراف مطلقا حتى في الصورة المذكورة ضعيفة وبالجملة فالحكم
على ما ذكرنا من الانصراف الى اعتبار عدم الزيادة في الحمل وعدمه
ومدار الانصراف على مدخلية صنفية الاجارة وعدمها على احتمال
لا وجه في الضمان بين تعمد المستاجر في الزيادة وخطائه لعدم الفرق
في اسباب الضمان خصوصا الاتلاف بين العمد والخطاء وفي المسئلة
احتمال ثالث منقول عن ابي حنيفة مدعيا الاجماع عليه وهو استحقاق
المقدرة

اجرة الزائد

اجرة الزائد بعينها ما استاجرها وحاصل اجرة مثله منفردا لا منضما حمل
لضعفه ومخالفته للقاعدة على صورة توافق المسمى واجرة المثل للنظير هذا
اذا كان مباشر الحمل هو المستاجر ايضا ولو اجنبيا بالحمل فان كان عالما بالحال
الغير حاضر كان الضمان ثابتا عليه دون المستاجر لتقدم المباشر
على السبب وان كان جاهلا ففيه وجوه احدها عدم ضمان الغير وهو
المعروف للمصرح به في المسالك وغيره ثانيها ضمانهما معا عملا بكل
من السبب والمباشر ثالثها ضمانه خاصة وهو الاوفق بقاعدة
تقدم المباشر على السبب اذا اجتمعا فيه هنا غير موثق لعدم استناد
الى عنوان شرعي كالواقف ما لعادة الى عوض بل نظير ما هو اقرض لا بيع
دعواه اللا البينة بذبح شاة مدعيا لملكيتها فان الضمان هنا على
المغرور ومثل لامر المدعى للاكبر فاتى الاجنبي لسبب الاعتماد على قول
المستاجر في دعوى استحقاق الحمل كان الذابح لا يجوز له الاعتماد على قول
الامر مع عدم اليد نعم لو حصل له العلم من قوله كان معذورا في الاثم خاصة
دون الضمان ومثله الكلام لو امر الموجر الحامل الا ان دعوى عدم ضمان
المستاجر هنا اقرب من ضمانه اذ الامر الاجنبي لامكان القول باعتبار
قول المستاجر والمرح والقائلون بعدم الضمان مع الجهل المغرور ثم في
بعضهم هنا في الحمل ان احتمل او قال بعدم الضمان لو دلس المستاجر على
الموجر ولو لم يامر بان هيئها هيئاه وجعله في معرض الحمل حتى حمله الموجر
وهو اشكل من الاصل الذي بنوا عليه كما لا يخفى واشكل منه ما في تحرير
كبعض مشايخنا في صورة علم الموجر بالزيادة من ضمان المستاجر مطلقا
ولو لم يامره بالحمل اجراء لمجرى المعاطاة لاصالة احترام مال المسلم

الا مع التبرع بعد علم كون عمله بالزياده وليلا على التبرع اذ فيه لنا لا نقول
بالتبرع بل لا نقول ان مجرد عدم التبرع غير كاف في الضمان بل لا بد في اذن
المستاجر فاذا لم يؤذن لم يكن عليه شي نهى عن الحمل او سكت وان اذن
ضمن اجرة الزياده لان اذنه استيفاء للمنفعة فيجب عوضها للموجر ولو كان
جاهلا لعدم كونه متبرعا قطعا واما قيمة الدابة لو تلفت ففيها ما مر
في الاجنبي من الوجهين اذ لا فرق في ضمانها بين كون المباشر هو الموجر او الا
جنبي [illegible] المباشر على السبب وهو اذن المستاجر في الحمل [illegible]
الضمان في الموضعين والا فلا ضمان [illegible] بينهما مباشرة الحمل بين الاجنبي
والموجر فضمانه [illegible] خصوص اجرة الزيادة فان المستاجر ضامن لها
اذا امر الموجر بالحمل واما اذا امر الاجنبي به ففي تسليط الموجر على الا
جنبي المباشر او المستاجر وجهان فليتدبر في [illegible] ولو كان المستاجر
جاهلا بالزياده بان اخطا في الكيل ثم امر الموجر او اجنبيا بالحمل
فحمل جهلا فعلى ما اخترناه [illegible] المباشر مع الغرور هنا اولى فعلى
لزوم عدم الضمان للغرور يجيء ويحتمل ضمانها معا [illegible] المسببين والفرق
للجهل الذي كان هو الوجه في ضعف المباشر [illegible] وضمان خصوص المباشر وضمان
خصوص اجرة الزيادة ضمن ايضا الدابة ان تلفت [illegible] وعلى بعض
تمام القيمة كما هو المعروف او نصفها كما في الارشاد وجهان اقوىهما
الاول ووجه الثاني ان محل التلف بعضه ماذون فيه وبعضه غير ماذون فيه فيكون بين
الجانبين لترتب عليهما التلف في استناد التلف الى الجزء واختصاص
كل منهما بالنصف فاذا كان احدهما ماذون فيه لم يضمن الجاني الا بنصف
القيمة ويضعف بان الحمل فعل واحد وهو غير ماذون فيه وان كان بعض

المحمول مستحقا

المحمول مستحقا عليه والمستحق [illegible] احدهما متعلقا بالشي والاخر
متعلقا بغيره حتى يكون نظير الاثنين اللذين هما فعلان مستقلان في الوجود
والثاني مضافا الى الاجماع المحكي عن الخلاف والغنية والتحرير ثم التذكرة
وظواهر الاخبار الدالة على الضمان بالتعدي اذ المساق منها ضمان تمام القيمة
على المجموع كما احتمله في المسالك نظرا الى استناد التلف الى الحمل المجموع
فلا يوجه [illegible] التنصيف مساواة الزائد للمنافي لان هذا
مبني على تعدد الحمل وقد ظهر فساده كيف والبناء على ملاحظة [illegible]
في ذلك قاض بعد حمل واحد بل متعدده حسب تعداد اجزاء المحمول وهو كما
ترى فالشي هو المقصود هذا اذا اعتبرها المستاجر وان اعتبرها الموجر
وحملها [illegible] ما لا بغير امر من المستاجر او امر اجنبيا بالحمل لم يضمن المستا
جر اجرة ولا قيمة كما هو واضح وان كان الحامل هو المستاجر ففيه صور لانه
اما عالم بالزيادة او جاهل على التقديرين اما يحمل باذن الموجر او بدونه وعلى
الثاني الاخير [illegible] من الموجر ما يوجب غروره من الاعداد للحمل وجعله في
معرض او لا فان حمل جاهلا مع اذن الموجر فليس عليه شي لان الاذن
في الحمل اذن في الاتلاف وهو رافع لضمان الدابة واما الاجرة فهو مبني على
كون امر الموجر ظاهرا في التبرع وفيه تامل وفي كون الاعداد والتهيئة للحمل
حتى حمله المستاجر جهلا بمنزلة الامر احتمال عند مشايخنا قدس الله سره وللسالك
على احتمال واشكال بل الظاهر العدم لان الغرور هنا ليس عن تسبب [illegible] فلا وجه
لعدم ضمان خصوص الاجرة لعدم ما يقتضي عدم الضمان بالتبرع كما هو اصل الموضوعين
الماضيين وان حملها بلا اذن من الموجر فلا يتصور الاعتماد على اسقاط
الحمل المتروك في [illegible] على الموجر فالمتجه ضمان الاجرة لا جهل حتى اهل العلم

لانّ حملها منفعة استوفاها فيجب عليه اجرتها بل وضمان الدابة لاستناد
التلف الى حمل غير مرخص فيه وكونه جاهلا انما يرفع الاثم دون الضمان مقتضى
ما بنوا عليه من التغرير مع التخيير عدم ضمانه هنا لكونه مغرورا من الموجر
حيث انه لم يثبت الغرور وتعمد الموجر بالزيادة لم يثبت الحكم فاثبات الغرور
الرافع للضمان مع التقييد دون العلم بالزيادة غير تام من الوجه نعم لو لم يكن
مستحقا الحمل بل حمل عمدا وان لم يكن جاهلا بالزيادة سببا للعدوان في الحمل
وان حمل عالما بالزيادة فان كان يحمل وبامر من الموجر بلا اذنه فلا
اشكال في عدم ضمانه هنا لكونه مغرورا من الوجه المعتبر لما ذكر في
جامع المقاصد ان في لزوم الاجرة وتعلق قاعدة الاحترام مع عدم صدور
ما يقتضي سلب الاحترام عن المالك الموجر سوى الامر الذي هو اعم من التبرع
مع امكان دعوى ظهوره في مثل المقام ولو بمساعدة مشاهدة احوال المكار
في حمل الزيادة باجرتها غاية الامر جريانه مجرى المعاطاة بالقياس اليها وان
لم يكن بازائه ضمن قولا واحدا وكيف كان فحيث حمل الموجر بغير اذن المستاجر
لزم رد الزيادة الى المكان الاول اذا اراده المستاجر ولو ردها بغير
اذنه لزم الرد الى المكان الثاني كما صرح به غير واحد من غير اشكال ولو كان المعين اجنبيا
لزمه اجرة الزيادة وقيمة الدابة بلا اشكال ولا خلاف في بعض الاحوال
وهو ان يكون اعتباره من دون اذن وتوكيل من المتعاقدين مع مباشرة
الحمل من دونه اذن ايهم من غير فرق بين تعمده بالزيادة او خطائه في الكيل الا
في الاثم وبانتفاء احد القيود يختلف الحال فان انتفى مباشرته للحمل
فان كان الحامل عالما بالزيادة فليس على الاجنبي شيء لان المباشر هو اقوى
من السبب فان كان هو الموجر ولا يستحق شيئا الا مع علم المستاجر به وحكمه

واما بالحمل او سكوته الكاشف عن الرضا فلا في جريان حكم المعاطاة
بالقياس الى اجرة الزيادة على اصل الوجهين او اقواهما والا فان كان جاهلا
فان كان عالما فعليه اجرة الزيادة للموجر مطلقا وقيمة الدابة اذا حمل بغير اذنه للاتلاف
وليس على الاجنبي شيء لقوة المباشر وربما احتمل ضمانهما معا لاجتماع
السبب والمباشر وهو ضعيف وان كان جاهلا قال بعض مشايخنا
وفاقا للمفتاح الكرامة فان اخبر الاجنبي كاذبا او تولاه الاجنبي بنفسه
والا فان صدر منه الحمل عمدا ضمن والا فلا قلت ليس كما تولاه الاجنبي اذ لم
سلطنة الموجر على المستاجر هنا اجرة وقيمة لا على الاجنبي فكيف يكون
كما لو تولاه الاجنبي بنفسه نعم في رجوع المستاجر بعد ما غرم للموجر على
الاجنبي لغروره مغرورا باخباره كذبا وجهان معلوما نه مما مضى اقواهما
العدم لان اخبار الاجنبي ليس بحجة شرعا مقيد في نحو الغرور نعم
مما زودنا في الحمل ثم احتمل امكن القول بالغرور هنا بناء على اعتبار قول
الوكيل فيما وكل فيه ومما ذكرنا يظهر الحال فيما اذا حمله بغير امره واخبار بل اغرارا
بتدليس الاجنبي وتسبيبه نعم ما ذكرناه من عدم ضمان الاجنبي عند
عدم الامر والتدليس محله واحتمال ضمانه ايضا لغرور المستاجر كما قيل
ضعيف لكونه على منافرة قاعدة في التدليس يجب الالتزام بما قيل من الغرور مطلقا
ولو لم يدلس كل ما ذكرناه اذا كان الاجنبي عامدا عالما بالزيادة فلو كان
مخطئا جاهلا فان كان مباشرا للحمل عالما فالضمان عليه دون الاجنبي
ولو كان جاهلا فوجوه ضمانهما معا لاجتماع السبب والمباشر وضمان
المباشر خاصة لكونه اقوى وضمان الاجنبي لضعف المباشر بعد اوسطها
احسنها ولو كان الاجنبي اذن في الكيل دون الحمل فحمل بغير اذنه

منهما من غير اجرة قيمه وانكان ماذونا فيهما منهما من دون علمهما الا
ففي مجمع البرهان احتمالات احدها الضمان ايضا وثانيهما ضمان الاذن
دونه فان كان من الاذن هما معا احتمل ضمانهما معا كما لو كانا هما المباشرين و
ضمان صاحب الدابه للاصل وضمان صاحب الحمل اي المستاجر واعترض
عليه بعض مشايخنا قده بانه لا مدخلية للاذن في الضمان لانها متعلقة بالمقدار
المخصوص لا بالزيادة قلت اذا كان الاذن في الكيل دون الحمل فالامر كما ذكره
لكنه ليس داخلا في مفروض كلامه مع اطلاقها واذا كان فيهما معا كان نظير
الطبيب والاجير والمكاري وغيرهم من الماذونين المخطئين وقد مر الكلام
فيه فيما سبق وياتي انشاء الله تعالى فيما ياتي ولو كان غير الموجر والمستاجر معا
وحملا كذلك ففي ضمان المستاجر الدابه واجرة المثل نظرا كما في جواهر
الكلام قلت مقتضى القاعدة ضمانه تمام الاجرة ونصف القيمة لانهما ضمنا
فلان السبب مشترك بينهما فهما شريكان في السبب وهو الحمل كما اذا اشترك
اثنان في جناية فان الضمان عليهما فعلى المستاجر نصف قيمة الدابة واما تمام الا
جرة فلاستحقاق احترام مال المسلم مع عدم مقتضى الشرع ولو كان بامر الموجر كان
هذا اذا كانا جاهلين ولو كانا عالمين بالزيادة ففي الجواهر لا ضمان
للقيمه وفي ضمان الاجرة وجه قلت وجهه عندنا قاعدة الاحترام كما مر وعدمه
كونه بمنزلة المعاطاة بالنسبة الى الزيادة واما ضمان القيمة فلعله لا فرق
بين الاذن وعدمه فان شارك المستاجر في الحمل بانه قال الامر كما قال ولا يعمي
نصف القيمة والعوض كما عرفت ولو اعتبرا معا وحمل المستاجر وحده ففي الجواهر انه
ليا اعتبر المستاجر وحده وهو حمل كذلك لانه مستقل بالجهل او الحمل بمعنى الضم
وانه ضمن بلا اشكال واما اذا استقل بالحمل بغير اذن الموجر وعن الكيل
الكيل

وفيه انه ليس كذلك

اصلها الفوقاني

استقل

اعتبار القول بين علمه فيضمن وبين جهله فلا يضمن نصفه وغرور جهله كالو استقل
الموجر بالاعتبار وحمل المستاجر جاهلا فانه وفاقا للعلامة احتمل او قال فيه
تعين الضمان لغرور كما مر اذا الاشتراك في الحمل كالاستقلال فيه فان
كان جهل المستاجر بسبب الغرور مع الاستقلال احتمل ان يكون كذلك
مع الاشتراك والاقوى ما عرفت من الضمان في الصورتين ولو اعتبرا
معا وحمل الموجر وحده ففي الجواهر انه ليس له شيء من اجرة الزيادة وقيمة
الدابة لا الاجرة المسماة وهو باطلاقه ايضا غير جيد لانه لو حمل باذن
المستاجر استحق الاجرة لقاعدة الاحترام او لانه بمنزلة المعاطاة بل ولو
لم ياذن اذا كان الموجر جاهلا وحمل لما عرفت من قاعدة الاحترام
فلا اشكال في عدم الضمان واما مع الجهل وعدم المستاجر احتمل
الضمان لقوة السبب بالنسبة الى المباشر على ما نقول من الغرور في
نظائره وانكان الصواب عدم الضمان لعدم تاثير الجهل هنا والاعتبار
في وضع اثر المتبل باطلاقه كما مر غير مرة ثم ان الحمل له معنيان
احدهما وضع الطعام على ظهر الدابة من دون سوقها الى المقصد الثاني
الوضع مع السوق والمراد بالحمل في المسائل المشار اليها هو الثاني
لان مجرد الوضع على ظهرها ليس من اسباب الضمان قطعا لكن
في القواعد عند ما قال مثل المسائل قال ولا فرق بين ان يتولى الوضع من تولى
الحمل ونحوه او غيره وظاهره ارادة المعنى الاول من الوضع فلا ينافي ما
عرفت من الفرق بين المعاني في الفروع المذكورة والله العالم الشرط
الخامس ان يكون المنفعة مباحة فلو اجره مسكنا ليحرز فيه خمرا او
مكانا ليبيع فيه الخمر او اخذ اجيرا ليحمل اليه مسكرا او جارية للغناء

في الزيادة ٣

ولو اعتبره واحد وحمل الاخر فرق
بانت المسئلة متحدة او غيرها
في الفروع المذكورة

ع

او كانت الكتابة لهجاء الحق وكتب الضلال ونحوها لم تنعقد الاجارة لان المحرم غير مملوك للموجر ومن شرايط الاجارة ملكية المنفعة ووجودها فكان على المتكلم المصرح ذكرها اولا ولعله ترك انتقاؤه بوضوح الحال او اعتمادا في هذا الشرط على الاجماع والروايات ولو كان مقتضى القاعدة الصحة نعم المتهم في نحو المهذب في تبيينه صحيح مجبور ضعفه لو كان بالعمل عن الرجل يواجر نفسه على حمل ما يحرم اكله او شربه او يواجر نفسه في صنعة ذلك الشيء او حفظه اليه قال وكل امر ينهى عنه من جهة من الجهات محرم على الانسان اجارة نفسه فيه او له او لشيء منه مضافا الى فحوى اخبار حرمة بيع العنب لعمل الخمر لان متعلق العقد في البيع هو العين وانما المحرم غايته ومتعلق الاجارة نفس العمل او المنفعة المحرمة ولذا جعلنا الفساد هنا مقتضى للقاعدة الاولية نظرا الى كون المحرم غير مملوك للموجر فلولا الاجماع والاخبار هناك على الفساد هنا وقد يستشكل في قوله نعم ولا انه لو امر الكم بينكم بالعمل وفيه ضعف ومما ذكرنا ظهر ما في الكفاية حيث قال بعد استظهاره دعوى الاجماع عن جماعة ولا اجد في ذلك نصا بعينه الا ان استحقاق العمل المحرم في اخبارنا نعم يستفاد ذلك من خبر جابر وصحيح بالرواية المذكورة ضرورة كونه صريحا في وانه المحرف ولعله لم يعثر بها وما قيل حاكيا عن ابي حنيفة والشافعي وعن الشهيد نسبة الى ابن المتوج ولم ينقل موافق من اصحابنا بالتحريم وانعقاد الاجارة لامكان الانتفاع في غير المحرم استنادا الى عدم التنافي بين حرمة المنفعة وصحة الاجارة وهذا القول مخصوص باجارة نحو الدار فلا الاجير لا خلاف منقول عن العامة او الخاصة والادلة المذكورة محجة على ابن المتوج واما ابو حنيفة والشافعي فيردهما الروايات

من عدم كونه

من عدم كون المحرم داخلا في ملك الموجر فكيف يملكه غيره وهنا سؤال وهو ان القوم ذكروا انه يجوز استعمال الالة في الاعمال المحرمة لما استوفت له مع المماثلة في الضرب واستعمال الاخر يملك واي فرق بينه وبين القلم بل يمكن الفرق بان للعين صلاحا من قبيل الداعي وهنا من قبيل الشرط وفيه مع كونه مصادرة ان العرف يشهد بكونه منه وان بعضهم حكم بالفساد ولو اطلق ولم يشترط اذا علم ان المستاجر يعمله في المحرم والتحقيق ان التعويل في المسئلة على الاجماع والاخبار فهي الفارق دون القاعدة القاضية بالصحة في المقامين والاستدلال على [illegible] بالوجه على ما قررناه لا يخلو عن شيء خصوصا عند من يقول بالفساد وان لم يشترط بالفساد اذا علم ان المستاجر يعمله في المعصية اذ لا وجه للفساد حينئذ سوى الادلة المذكورة او يتفرع على الوجهين ما لو غصبه اجيب فاستعمله في المحرم فعلى الوجه الاول لا يغرم قيمة المنفعة المستوفاة لعدم كونها ملكا لصاحبه وعلى الثاني يغرمها ونظيره الثمرة فيما لو كانت على الغنم وكيف كان فلا اشكال في الفساد مع اشتراط المنفعة المحرمة او جعلها غاية عليه ولو لم يشترط في ضمن العقد واذا انتفى الامران وعلم الموجر باستعماله في المحرم فمقتضى القاعدة الصحة سواء قصد الاعانة بها لكون الداعي هو الاستعمال في المحرم ام لا خلافا للمحكي عن الاردبيلي وصاحب الرياض من قولهما بعدم الجواز لاستلزام الجواز الاعانة على الاثم المحرم كتابا وسنة واجماعا واختصاص المجوزة بما تقدم سلامتها عن المعارض بما خاصة ولا حاجة الى النصوص المجوزة الواردة في البيع مع وضوح تنقيح المناط بناء منهم على كون الاجارة كالبيع والاجرة كالثمن

كما صرح به العلامة وغيره في مسألة اشتراط التعيين في الاجرة وفيهما عدة اخرى وقد استقر السيرة على بيع المطاعم والمشارب للكفار والفساق في شهر رمضان مع علمهم بانهم يأكلون وعلى بيعهم بساتين العنب والنخل مع العلم العادي بجعل بعضهم اياه خمرا وعلى معاملة الملوك فيما يعملون صرفه في الظلم والاثم والبطر والباطل وتقويم الجند على ان ذلك عدم حصول العلم اليقيني الا نادرا بل نقد يحصوله الظن لا يكون باغتا على القوم في غير الدماء والاعراض وان وجب النهي عن المنكر مع شرائطه نعم قال في مكاسب جامع المقاصد انه لو تم هذا الشي لم يكن اكثر معاملة الناس انتهى اذا تعقبت ذلك نظر الان للحكم بالصحة مع عدم قصد المعاونة اوثب من غير حاجة الى التعليق بما جاز في خصوص البيع حديث انه فيلي كانه الا ذلك من الروايات على ما نقل منها العموم الادلة وعدم ما يوجب تخصيصها مضافا الى ما تقدم في جواز البيع على ما تقدم به والله العالم وتجوز اسناد الحائط المزوق للمشتري قبل نعم والفاضل ابن الدرس وقد تردد المصنف — اعتضادها م

وهو الشيخ في باب المنع عنه معللا بان ذلك استفاد بزيد من اذن المالك كالاستظلال بحائطه بدون اذنه واختار ذلك في الحواشي الا انا نوقف الاستفادة على الدخول في ملكه او التصرف فيه فيجوز لعدم المانع وتحقيق الحال في هذه المسألة ونظائرها يطلب مما اسلفنا في استيجار الدرهم والدينار فراجع الشرط السادس ان يكون المعقود عليه مقدورا على تسليمه فلو اجر عبدا ابقا لم يصح ولو ضم اليه شيئا وقد تردد واعلم ان شرائط صحة البيع والاجارة ونحوهما من المعاوضات القدرة على تسليم العوضين اتفاقا من الخاصة والعامة الا الفاضل

القطيفي

القطيفي فانه معاصر المحقق الثاني فمنع من ذلك وعبارة الحكيمة عن ابن قصاص الثاني ليس صريحا في الخروج عن الجميع عليه لامكان حملها على ما قال بعض غير واحد من صور المسألة مثل ما يحتمل فيه امكان التسليم وتوضيح المقام ان المراد بالقدرة المجمع عليها ليس هو القدرة في زمان العقد او بعده متصلا او غير متصل بل ما لا يتعذر ولو بعد حين بدليل صحة بيع الغائب حالا او سلما وبيع الثمرة اجماعا مع تعذر التسليم كلك — ع تسليمه

اما ان يترتب على ملكه ثمرة كعتق او صدقة ونحوها او لا كالطير في الهواء والسمك في الماء المملوكين ونحوها مما لا يرجى عوده اما في امثال الضال والضالة والمغصوب والمجحود الحال بينه وبينها الكثير والغرق ودفين والمسروق ونحوها فانكار الثاني فلا اشكال في فساده لا للنهي عن الغرر بل لكونه سفها خارجا من مقاصد العقلاء واما الاول فالمعروف انه الفساد للاجماعات المستفيضة والنبوي عن الغرر المنجبر بما الفريقين ونحو ما جاء في الابق عن ائمتنا والحق نظرا للمنع عن دخوله تحت الاجماعات بعد اشتمال بعضها او جل الفتاوى على التمثيل بالطير في الهواء والسمك في الماء مضافا الى ما في الاعتماد على الاجماع المنقول — في نظائره

وحده انا لم يساعده الدليل وكذا دخوله تحت الغرر المنفي لان الغرر اما بمعنى الخطر او بمعنى سببا ام الجهالة ومع علم المشتري بالحال وقصده التعويل على النفع الغير الموقوف على التسليم كالعتق والصدقة لا خطر ولا جهالة خصوصا مع قلة الثمن فلم يبق سوى القياس بالابق ودعوى سلب المال عرفا من غير المقدور ولو انتفع به انتفاعا كالعتق ونحوه ممنوعة ولو سلم امكن منع توقفه — ع

العقد بحاله كونه حالا عن الاتّابا على ملك المالك وتفصّى فمع الحيلولة
على لا يدل على المقصود المذكور كما يظهر بالتأمل فالاولى بالصحة لو لم يكن مما النقد
للإجماع نعم يمكن ان يستدل على اشتراط القدرة بما في بعض الصحاح عن الصادق ع لا بأس ان
يشتري الطعام وليس عند صاحبه حالا والى اجل الا ان يكون بيعا لا يوجد مثل
البطيخ والعنب وشبهه في غير زمانه فان الا ينبغي شراء ذلك حالا لابناء على انحصار
وجه عدم جواز بيعه في عدم القدرة وفيه بعد الغض عن ظهوره لا ينفي الجواز
اذ بيعه حالا لا فائدة فيه فيكون من القسم الاول لا من القسم الثاني الذي فيه فائدة
هذا كله مع العلم بعدم القدرة ولو جهلت فان وثق بحصولها كالطائر الذي يعود
عادة فلا اشكال في صحته بل لا خلاف الا من الفاضل في محكي نهاية الاحكام فاحتمل
الفساد لانتفاء القدرة على التسليم فعلا وان عود الطائر غير موثوق به اذ ليس له عقل
باعث وضعفه كما ترى لو اراد البحث الكبرى دون الصغرى وعن ابن جنيد انه منع
مع شرط الضمان على البايع وان لم يكن وثق بحصولها ففي صحته جدا واشكال من الادلة
الادلة الثلثة المذكورة ومن الاجوبة المشار اليها فانها انما تتم هنا فيجري الدليل
الثاني وهو النهي عن الغرر ضرورة شموله لما في فيه بكل المعنيين لان الاقدام على
مثل هذه المعاملة خطر في المبيع مجهول حصوله ودخوله تحت يد المشتري فيكون غررا
اذ لا فرق في الجهالة بين تعلقها بصفات العوضين او بحصولهما كما صرح به الشهيد
في محكي قواعده وغيره بل الجهل بالحصول اولى بالمنع وما قيل من اختصاص الغرر بمجهول
الصفة كصبرة لا يعلم وزنها او ثوب لا يعلم ذرعه فقول بلا دليل في مقابل ما جا
في تفسيره في اللغة في الخبر مضافا الى التصريح مثل التمهيد وغيره بخلافه وان حكي عنه
في شرح الارشاد ما يقتضي بعدم تحقق الغرر في مجهول الحصول حيث قال في مسئلة تعيين
الاثمان بالتعيين عن المنع استنادا الى الغرر المنهي عنه لا يقتضي التعيين

وقد يظهر

١٢٠

وقد يظهر من المعين مستحقا للغير فيكون غررا ثم اجاب عنه بان الغرر ما يترتب عليه عند العقلاء
والاحتمال المذكور لا يخطر ببال احد فكيف يكون غررا لكن لا بد من توجيهه وحمله على ما ينافي
ما عليه جل الفقهاء من الاستناد في فساد العقد على المجهول الحصول الى الغرر المنهي عنه وقد
الشهيد بحصول الغرر في مجهول الحصول وسلب الغرر عن مجهول الصفة وهذا مثل ما
في شرح ارشاده من الضعف والخروج عن مذاق العامة والخاصة في المعاوضات فعن النهي
عن الغرر في العقد على غير موثوق الحصول من غير المقدور فعلا ومما ذكرنا ظهر ضعف ما قيل
من ان الاقدام على شراء شيء بثمن غير معلوم الحصول بثمن بخس قليل رجاء للظفر به مما
عليه فاطبة العقلاء فكيف يكون خطرا وغررا منهيا عنه وجه الظهور بعد النقض
بشراء مجهول الصفة كما او كيفا اتفاقا في العوضين وانى حكمها كالمهر على الاشهر والشروط
ان المخاطرة حكمة في النهي عن بيع الغرر وهي سد باب التنازع والتشاجر بين المتعاقدين
وليست بعلة وهذه الدعوى وان كانت في نفسها مناسبة للوصف العنواني الملحوظ في النهي
عن الغرر الا ان بناء العامة والخاصة على فهم الحكمة حيث اتفقوا على اشتراط التعيين بالوزن
او بالوصف او بغيرهما من وجوه التمييز والمعرفة شاهد عليها مضافا الى اطلاقات الاجماعات
واخبار بيع الابق وحده واجاب بعض مشايخنا قدس سره عن الاجماع بان القدر المتيقن
منها كون العجز مانعا لا كون القدرة شرطا بدليل اختلافهم في اشتراط القدرة في جواز بيع مجهول الحصول
من الضال والضالة والمغصوب ونحوها وفيه اولا ان القدرة والعجز ليسا من المتضادين
بل من المتناقضين اذ العجز عدم القدرة وثانيا ان عباراتهم صريحة في اشتراط القدرة بحيث
لا يقبل التأويل فكيف يحمل على كون العجز مانعا واما اختلافهم في صحة بيع الضال فانما هو
للعلم بفقدان الشرط اذ القدرة عبارة عن القدرة الواقعية ومع احتمالها لا يمكن الحكم
بالفساد الا بدليل آخر كعموم النهي عن الغرر كما لا يمكن الحكم بالصحة لعدم النظر الى العمومات
اذ الشبهة موضوعية لا بد فيها من الرجوع الى غيرها فمن حكم بصحة بيع الضال والضالة
ونحوهما فانما حكم بالمنع باشتراط القدرة مطلقا حتى فيما يرجع الى السفه لا لان العجز مانع ومن مال بقاعدة

فانما اعتمد على النهي عن الغرر بعد المساعدة على عدم اشتراط القدرة وثالثا ان مقتضى الاصل
ابو حنيفة الثلث لانه لا يجدي اعني لزوم العقد فما هي فمقتضى القاعدة على هذا المبنى البطلان
الفساد دون الصحة فكيف يستند اليه وكل من المبني والبناء المستعمل فيه او هو من العجز فالاقرب وفاقا
للمجلسي العقد على مجهول الحصول كتعذر لكن هذا الشرط في اللزوم وقد يستدل على الصحة
بملخص العلامة والشهيد القائلين بالصحة في القواعد والتذكرة والمعتبر قال الاول لو ان
اسقط المشتري حق الانفساخ بالتلف قبل القبض كان العقد لازما ولو تعذر وان لم يسقطه
انفسخ العقد لو تعذر والا فلا وقال الثاني ان الغرر مجبور بخيار تعذر التسليم لو تعذر والا
فلا غرر وحينئذ الاستدلال بعد المساعدة على كون مجهول الحصول غررا في نفسه ان مع ملاحظة
قاعدة التلف قبل القبض كما هو مبني الاول او قاعدة خيار تعذر التسليم كما هو مبنى الثاني فينتفي
موضوع الغرر واجيب ان الملاك في صدق الغرر على العرف مع قطع النظر عن الحكم الشرعي فلا وجه
لمنع صدق الغرر بملاحظة القاعدتين قال شيخنا الاستاذ قده وهو مبني على كون الغرر الذي
لا يحكم عليه لا يتعضو الجواب هو كعقدة الاشكال كما لا يخفى والصواب انه ليس كذلك
فعند انسب الحكم الى ما لا يعلم ابتناء ملاحظة الحكم فكيف عما يتوقف فيه جعله غررا
على الاخطر ولا يخفى ان ما في التذكرة من لزوم العقد مع تعذر التسليم اذا اسقط المشتري
حق الانفساخ الظاهر من شرطها انه لم يجد لغيره بل الظاهر ان الانفساخ بالتلف قبل القبض
عندهم من الاحكام لا من الحقوق القابلة للاسقاط كالخيار ثم على تقدير جواز
العقد على مجهول الحصول استثني منه بيع الآبق والاتفاق بلا خلاف الا من بعض ممن يا
قبله للاخبار الواردة فيهما فما في صحيحة النخاس الواردة في الثاني لا يصلح شراؤهما الا ان
يشتري منهم ثوبا او متاعا فيقول يشتري منكم جاريتكم فلانة بكذا وكذا درهما فان ذلك
جائز وفي موثقة سماعة الواردة في الاول لا يصلح الا ان يشتري معه شيئا فيقول
اشتري منك هذا الشيء وعبدك بكذا وكذا فان لم تقدر على العبد كان
الذي نقده فيما اشتري معه وظاهرهما او لو بملاحظة الغالب الاختصاص بصورة رجاء

الظفر به

١٢٢

الظفر به فالمايوس منه عادة خارج عنهما كما ان خارجهما القائم او قال بعض مشايخنا قدس سره
بالصحة فيه لا مراعى بامكان التسليم نظرا الى ما عرفت من الادلة بعد منع ظهور كلام الاصحاب في الغائب
الفعلي وان كان خبره بضعفه في ولو سلم عدم ظهور المقال خصوصا الثاني فانه صريح في صورة
الرجاء الا ان يمنع عدم ظهوره في الصلاح في الثاني واضعف منه احتمال صحته على وجه اللزوم اما اشتراط
سقوط الخيار لعدم التسليم نعم لو قلنا باشتراط القدرة واقعا ومنعنا كونه عذرا الا لكن القول بامكان
لتزلزل في اصل الصحة كما لو عقد الفضولي فيكون انتقال العبد الى المشتري في الواقع مراعى
التسليم كما عن الابي في صورة الصحة لان غاية ما يستفاد من النص عموم الصحة في الظاهر لا في الواقع
ولو كان فالمايوس عنه عادة غير واضح الدخول في النصين فهل يرجع فيه الى القاعدة او يلحق
في الشابالمرجو اظهرهما الالحاق فلا يتبع سعيه وحده لعرض العتق النفس للقاعدة ثم ان وقوع
تمام الثمن بازاء الضميمة على تقدير عدم القدرة على التسليم يحتمل وجوها ثلثة احدها ان يكون
العقد بالقياس الى الابق متزلزلا كتزلزل العقد الفضولي قبل الاجازة على الكشف فيكون
انتقال العبد الى المشتري غير معلوم الا بالتسليم فان حصل والا كشف عن عدم الانتقال
وهذا محكي عن الابي ما صرح ومقتضاه تقسيط الثمن عقلا لانه قضية المعاوضة فوقوع ثمن
بازاء الضميمة على تقدير العجز جمع بين العوض والمعوض وهو دليل على وقوع الحكم عقلي
لا يقبل التخصيص الا ان الابي ره كانه يقول اذا تعذر التسليم كشف ذلك عن كون تمام
الثمن هو الضميمة فلا يلزم الجمع بين العوض والمعوض وهو حسن لكنه خلاف ما قصده المتبايعان
فلا بد ان يكون حكما تعبديا شرعيا مرجعه الى جعل هذا العقد سببا شرعيا مستقلا من دون تطبيقه
على قاعدة المعاوضات بيعا او غيره فيكون كالصلح القهري داخلا في باب الاحكام دون
العقود وهو كما ترى مضافا الى منافي كون هذا العقد على تقدير التسليم معاوضة حقيقية وعلى
فرض تعذره معاوضة حكمية من العبد الذي لا يرضى به الفقيه الا بعد عدم محمل اخر للحكم
المذكور او يقول بالابهام في مقابل الثمن لتردده بين الابق مع الضميمة شطرا او شرطا
وبين نفس الضميمة وهو اقرب بالمعاوضة من الاول اذ لا ضير فيه سوى الالتزام بالابهام

وعدم التعيين في الثمن نظير الابهام في المحل في الدرهم والدينار في الاستيجار للخياطة كما انضم
على ما قصده البايع والمشتري ويظهر ثمرة بين الوجهين في اعتبار المجانسة اذ باعد او اجره منضما
الى شيء آخر كما ستعرفه ان شاء الله وثانيهما ان يكون تعذر التسليم سببا لانفساخ العقد بعد انعقاده كما
في باب التلف قبل القبض وهذا مثل الاول في اقتضاء التقسيط وانما الفرق بينهما في كون التعذر سببا
لانفساخ العقد من راسه بعد انعقاده صحيحا في الواقع من غير تزلزل في الثاني وكاشفا عن التزلزل
وعدم تاثيره في الاول ويظهر الثمرة في التصرفات الملكية قبل الياس كالعتق والبيع مع الضميمة
ونحوهما فيجوز على الثاني دون الاول وهذا الوجه خيرة شيخنا الاستاذ قده ومرجعه الى ارتكاب
التخصيص في قاعدة التلف قبل القبض في المقام بالخبرين وهو مبني على كون التعذر بمنزلة التلف
وثالثها ان يكون التعذر سببا للخيار بالنسبة الى العبد دون الانفساخ لعدم كونه تلفا حقيقة
فلولا الاخبار كان المشتري مخيرا بين الفسخ والامضاء لكن لما اقدم على شرائه وهو ابق دفع الشارع خياره
وهو خيرة بعض مشايخنا قده وعزاه الى المحقق الثاني وغيره حيث حكموا بانتقال العبد الى المشتري
بحصة من الثمن ويحتمل ارجاعه الى الثاني فلا بد من المراجعة الى كلامهم ويظهر الفرق والثمرة بينه وبين
الوجه الاول بما ظهر بينه وبين الوجه الثاني واما الفرق بينه وبين الثاني فهو كما عرفته في الفسخ والانفساخ
والثمرة تظهر فيما لو تعذر الضميمة بعد الياس فعلى هذا الوجه ينفسخ العقد في الضميمة ويبقى له خيار التبعض
وخيار تعذر التسليم في الابق وعلى الوجه الثاني ينفسخ ... في الضميمة لابتنائه على كون التعذر
كالتلف هذا اذا تعذرت الضميمة بعد الياس عن تسليم الابق ولو تعذرت قبله ففي كتاب شيخنا الاستاذ
قده ان في انفساخ العقد في الابق تبعا للضميمة او بقائه لمقابلته من الثمن وجهان من ان العقد على
الضميمة اذا صار كان لم يكن تبعه العقد على الابق لانه كان سببا لصحته ومن انه كان تابعا له في الحدوث
فاذا حدث تحقق تملك المشتري للابق على اللازم وصيرورة العقد بالنسبة الى الضميمة كان لم يكن انحلال
العقد بالقياس اليه لا بالقياس الى الابق ثم قال لكن ظاهر النص ان الابق لا يقابل بجزء من الثمن ولا
يوضع له شيء منه ابدا وتبعه في غيره قلت الثاني لا محصل له اذ ليس الكلام في زوال ملك المشتري عن الابق
بتلف الضميمة فانه مبني على كون الياس سببا للفسخ او الانفساخ كما عرفت بل في رجوع المشتري الى البايع

من الثمن

من الثمن وهذا مقطوع بفساده لا يحتمل الوجهين لانه اذا لم يرجع اليه شيء مع الياس فكيف يرجع اليه
به قبله فليس في المقام الا وجه واحد بالنسبة الى الرجوع الى مقابله من الثمن وهو العدم واما زوال الملك
عن الابق وعدمه فلا دخل لتلف الضميمة فيه ابدا بل هو مبني على الفسخ او الانفساخ كما عرفته ثم
ان تعذر التسليم من اسباب الخيار لا من اسباب الانفساخ فالياس عن الابق بمقتضى القاعدة خارج عن
مجرى قاعدة التلف قبل القبض والالحاق بخيار التعذر السابق على العقد او المقارن لو لم يكن
اولى بعدم كونه بمنزلة التلف قبل القبض فلا اقل من التساوي فالاظهر ارتكاب التخصيص في خيار
تعذر التسليم لا في قاعدة الانفساخ بالتلف قبل التلف فظهر ان وقوع الثمن في مقابل الضميمة
لو تعذر تسليم الابق المرجو الحصول حكم مخالف للاصول والقواعد لا ياتي في غيره ولا في غير البيع
كالاجارة ونحوها واما الحكم بصحة البيع معها وفساده بدونها فيحتمل ان يكون تخصيصا في
اشتراط القدرة بناء على استناد فساد بيعه منفردا الى انتفائها فيكون حكما مخالفا للقاعدة
مقصورا على مورده فلا ياتي في بيع الضال مع الضميمة ولا في اجارة الابق والصلح عليه كذلك
الا بتنقيح المناط ويحتمل ان يكون وجود الضميمة سببا لخروجه عن الغرر كما ادعاه البعض بناء على
كون فساد بيعه منفردا مستندا اليه لا الى انتفاء القدرة ومقتضى ذلك التعدي الى غير الابق والى
غير البيع الا ان يمنع ذلك مدعي التخصيص ... بدعوى عدم ارتفاع الغرر بسببها كما ادعاه آخرون لالتزام
الكل بعدم التعدي عن مورده اذا عرفت ذلك فاعلم ان الشهيد وجماعة منهم المحقق العلامة في جملة من
كتبه حكموا بفساد اجارة الابق منفردا لا منضما بل قالوا بالصحة كالشهيد والاردبيلي ومتردد كالمحقق
والعلامة وهو مبني على الوجه الثاني كما لا يخفى اذ على الوجه الاول لزم القول بالفساد وكذا على الاول
الاخير في الوجه الثالث اللهم الا ان يكون نظرهم الى فهم المناط جزما او ترددا ونحوه او ... لما
ونحوها المقال واستدل الشهيد في صحة اجارته مع الضميمة بالاولوية لان الاجارة تحتمل
من الغرر ما لا يحتمله البيع ومنعه في مفتاح الكرامة وفاقا للمترددين والانصاف ان الحاقها بالبيع
قريب لما عرفت واما الحاق الصلح به منفردا ومنضما وجها بل قولان من عموم ادلة الصلح والتوسع فيه
واحتماله للجهالة عند تعذر العلم بالمصالح عنه او مطلقا بخلاف البيع مع اختصاص نهي الغرر به

بالبيع ومن ان الآراء الى السنة الفقهاء نفي الرخ في مطلق المعاوضات كالاجارة والمزارعة والمساقاة
بل في غير المعاوضات كالوكالة والمهر مع ما روي مرسلا في كتب الاصحاب من النهي عن الغرر ظهر عن بعض
الاساطين الالحاق بالبيع فيما هو مبني على المسامحة وهو على تقدير صحته لا يصح في المثل واما انه
اراد خصوص المستثنى منه اعني اشتراط القدرة في صحة العقد ففيه الصلح لا المستثنى فلا يلحق به
مع الضميمة بل يبقى على اصله من الفساد وعلى ذلك في رهن الابق قيد على تسليم جواز الصلح عليه على
القول بعدم اشتراط القبض في الرهن وقيل ان القدرة شرط في كل عقد مقصود منه التكسب لا غير
وفرع عليه خروج عوض الخلع والمهر والنكاح والصلح وفيه بعد النقض بالوكالة والمهر ان الصلح الغا
مقام البيع والاجارة ونحوهما من المعاوضات مقصود منه التكسب فيرجع فيه الى تفصيل بعض
الاساطين والتحقيق ان للابق حكما مخالفا للاصول من جهتين احديهما الصحة مع الضميمة وثانيهما
عدم التقسيط لو لم يقدر عليه والتعدي في الاولى ليس مثله في الثانية والتفكيك بينهما
بكيلهما واثبات للمطابقة بدون الالتزام تحكما فالاصح المنع والرجوع الى ما عرفت من
القاعدة بقي الكلام في الاشارة الاجمالية الى بعض الفروع المفصلة المذكورة في بابها منها
لو تلف الابق قبل الياس ففي ذهابه على المشتري اشكال من اختصاص النص بصورة عدم التسليم
مع وجوده فيرجع في غيرها الى قاعدة التلف قبل القبض من ذهابه على البائع ومن ان المناط هو
عدم وصوله الى المشتري وهو موجود في صورة التلف والخصوصية لاستناده الى العجز العقلي
به مع الوجود وهو الاظهر ويضعف الاول بان التمسك بالعموم والقواعد في النصوص المصادمة
غير صحيح على الاصح فاذا علمنا من النص ان مخالفة قاعدة التلف قبل القبض موقوفة على ان يكون غير
مقدور التسليم في علم الله فقبل تحقق العجز واليأس لا يمكن مخالفتها ولا موافقتها بل لا بد من الرجوع
الى استصحاب بقاء ملك البائع للثمن فيكون ذهابه الكل على المشتري ومنها لو تلفت الضميمة قبل
القبض فان كان بعد وصول الابق بيد المشتري فالعقد بالنسبة اليه بحاله وليس للمشتري الرجوع
بما قابله من الثمن الا بعد الفسخ لتبعض الصفقة وكذا لو وصل بيد البائع اوقبله المشتري وما هو في
حكم وصوله اليه وان كان قبل الوصول وقبل الياس ففي بقاء العقد بحاله بالنسبة اليه او انفساخه

وبما ذكرنا يظهر حال ما لو حصل
بعد التلف عنا وتردد
فيه في محكي الروضة
ثم استظهر المنع
منه
م

كالضميمة

كالضميمة وجهان من ان الضميمة كانت مصححة للعقد عليه فاذا بطلت بطل ومن انها كانت علة محدثة
لا مبقية فاذا وجد العقد صحيحا وجب الاخذ بمقتضاه ولا اقل من استصحاب حكم العقد بالقياس اليه
الا ان الظاهر من النص والفتوى عدم صلاحية الابق للمقابلة بالمال وان صح العقد عليه مع الضميمة ولازمه
الانفساخ فيه بعد تلفها كما في كتاب الاستاد قده وفيه ان المستفاد من النص عدم مقابلته بشيء من الثمن
على تقدير الياس عن التسليم لا مطلقا فعليه يبقى العقد منزلا فان قدر على تسليمه نفذ فيه العقد بحصته
من الثمن فلا رجوع للمشتري على البائع بما قابل بحصة الضميمة خاصة نعم له خيار التبعض كما لو تلفت بعد
وصولها الى المشتري وهذا مع ما عرفت عدم كون تعذر التسليم سببا للانفساخ بل للفسخ فله الاخذ بها
لكن تفاوت بينهما في المسئلة بل على مذهبه انه يبقى العقد بالنسبة الى الابق منزلا ومنها لو ظهر
في الابق عيب قبل المشتري الاخذ بارشه وهو حق على قول الاكثر ولا ينافيه الانفساخ او الفسخ على تقدير
تحقق الياس عن التسليم لانهما غير منافيين لصحة العقد ونفوذه بالنسبة اليه قبله فيترتب عليه احكامه
ما لم يتبين الحال ثم على قول من ليس له الاخذ بالارش لان صحته غير معلومة في حال الجهل والحصول فكيف
باخذ الارش الذي هو من احكام العقد ثم يمكن صحته الصحيح ثم يمكن اخذه بعنوان مردد بين الارش
واسترداد الثمن لفسخ العقد لانه جزء منه كما ثبت في محله ومنها لو زوج امته الابقة فان اكتفينا
في صحة العقد بالاغراض الغير الموقوفة على التسليم كالعتق والصدقة ونحوهما كما هو الاقرب لولا النص
صح التزويج لبعض الاغراض المترتبة على الزوجية والاقتيد بالغرض الجواز عن فوقه ومنها كل عقد يكون
القبض من شرائط صحته كالصرف والسلم والهبة والوقف ونحوها لا يشترط فيه القدرة على التسليم
على ما صرح به شيخنا قده وغيره لان العقد في مثل جزء للسبب كالايجاب وعدمه ولا يقدح في جزءيتها
لحصول الاخر ليس غررا فلا يعتبر في تاثيره احراز القدرة لا من جهة النص على ذلك ولا بطريق الحكمة
اذ ليس الاقدام على جزء السبب مظنة للتنازع والتشاجر احيانا حتى يقتضي الحكمة سد بابه باشتراط القدرة
مع الاحراز انت خبير بان هذا التعليل لا ياتي في ما يوس الحصول اذ الاقدام فيه ليس لاجل الغرض بل للسفه
وهو كما في تاثير السبب الى التسليم كذلك ينافي تاثير الناقص فلو لم يقدر على تسليم ثمن السلم فسد
العقد خلافا للاستاد قده فصرح بصحته تفريعا على عدم اشتراطها فيما كان القبض فيه شرطا

للصحة وقال انه مثل الايجاب مع عدم العلم بالقبول فانه يصح لو اتفق تعقب القبول بعده لان
اجازة الشروط المتاخرة غير لازم في صحة العقد ولذا يصح الفضولي مع عدم اجازة الاجازة ويرد
منع الحكم في المقيس عليه لان مقتضيه ما عرفت عدم الصحة في الجميع الا الفضولي فان عجز الفضولي عن
التسليم غير قادح اذا كان المالك قادرا لعدم كون كونه العاقد مع ... ولا عزله وربما اشكل بانه انما
كان الفضولي من جانب واحد في طرف الاصيل بعد حكمه كونه عاجزا في حقه وهو ضعيف ومن فروع ما ذكرنا
انه جوازه من متعذر التسليم على قول المتم من اشتراط صحته بالقبض ويأتي فيه الكلام المفصل بين رجاء التسليم
وعدمه على الاظهر ومنها لا يشترط القدرة على التسليم اذا كان الابق في يد المشتري اذ الغرض من التسليم
التسلم وهو حاصل ومثله ما لو كان منعتقا على المشتري بمجرد الشراء فيصح من غير اشكال وان امتنع التسليم
ومنها لا يشترط القدرة الا في زمان استحقاقه في المؤجل تعتبر عند الاجل ومثله الاجارة المتعلقة
بالشهر القابل اما العام القابل وهو واضح ثم ان المحكي عن الاسكافي والعلامة في المختلف وميل الشهيد في
حاشية القواعد جواز بيع الابق اذا ضمنه البايع وهذا بظاهره يرجع الى مقالة القطيفي من انكار
اشتراط القدرة راسا لان البايع ضامن اشترط في ضمن العقد او لم يشترط فان كان ضمانه عوضا
لرفع الغرر لزم الكلام اعتبارها اللهم الا ان يوجه بان الضمان في صورة عدم التصريح به في العقد
حكم شرعي توقيفي لا يرفع به الغرر بخلاف ما اشترط في متن العقد فانه يخرجه عن الغرر عرفا
وفيه بعد الغض عما في الفرق من التحكم انه ينافي اطلاق النص والفتوى نعم لو صح تجري في غير الابق
كالضال والمجحود ونحوهما ومنها لو باع او اجر ما يتعذر تسليمه الا بعد مدة صح وان تردد فيه العلامة
وجزم وفاقا لغير واحد لوجود المقتضي وعدم كونه غررا او الا لم يجز بيع الوديعة والعارية والعين المستاجرة
والعين الغائبة ونحوها مما يتعذر تسليمه حالا كالدين قبل اجله مع عدم الاشكال بل الخلاف في شيء منها
خلافا للمحكي عن الشيخ في محكي منع عن بيع السمك في الماء لو توقف اصطياده على مؤنة لو تعذر الا بعد ختم
شيء من البيع وقد يستدل عليه بقوله في الصحيح السابق الا ان يكون بيعا لا يوجد مثل البطيخ والعنب
وشبهه في غير اوانه وفيه ان مورد الرواية بيع الكلي الموصوف الغير المعدود وهو خارج عن العين التي
يتعذر تسليمها الا بعد مدة بقي الكلام فيما يتعلق ببيع الضميمة وفيه انهم مسائل الاولى ظاهر النص

والفتاوى عدم فائدة للضميمة مع اليأس وغيره بتفصيل مضى لكن في كتاب شيخنا قدس انه يصح تملكه تبعا للضميمة بما كانت مما يصح بيعها قلت وهذا خارج عن بيع الابق مع الضميمة المذكور في النص والفتوى
بل هو بيع الضميمة خاصة فلو قال بعت الابق وهذا الثوب لم يصح ولو قال بعت هذا الثوب مع الابق
صح لانه يدخل في ملك المشتري تبعا من غير ان يكون شيء من الثمن كما هو القاعدة في التوابع وانت خبير بان اشتراط
حصول الملك تبعا يحتاج الى علاقة بين التابع والمتبوع في الخارج او بجعل العاقد كما في صورة الاشتراط
في متن العقد فلو اراد تملك الابق تبعا في حال اليأس فلا بد من ذكره في العقد شرطا لا جزءا وهو المراد
بالتبعية ظاهرا والا فلا مفهوم محصل له التابعية لا بد ان تكون الضميمة من مال المالك للابق والا وقع
بازاء الابق شيء من الثمن والمستفاد من النص عدم صلاحيته لذلك كذا قيل وفساده غير خفي لانه صريح
لو على تقدير تعذر التسليم لاسقط فقبل اليأس لا مانع من توزيع الثمن عليه وعلى الضميمة كما هو التحقيق
هل يعتبر في الضميمة المجانسة مع المنضم اليه وجهان من حصول المعنى من ظهور المجانسة كما عن الوجيز وعن
الشهيد توجيه اعتبار المجانسة والحكي عن القائلين بصحة اجارة الابق اعتبار ختم شيء من غير تعيين
والمراد بحصول المعنى ان الغرض من اعتبار الضميمة حصول شيء في مقابل الثمن لئلا لم يظفر بالابق
يكون بلا عوض بالمرة وهو يحصل بكونها مالا قابلا للمقابلة بالمال ومما يستدل به على اعتبار المجانسة
بان ضم المنفعة في البيع او العين في الاجارة لا يحصل الا بسوى انشاء البيع والاجارة بصيغة واحدة
وهو ممتنع او بصيغتين متقارنتين في الايجاب بان يقول بعتك الابق واجرتك الدار بكذا
وهو باطل لعدم تعيين الثمن والاجرة قلت وتحقيق المسألة يعرف مما قدمنا في تصوير كون الثمن
في مقابل الضميمة من الاحتمالات الثلثة ونعيد هنا توضيحا للمقام ونقول ان نسلك اما
تزلزل العقد بالنسبة الى الابق كتزلزل الفضولي كما عزي الى ... واما التخصيص قاعدة التلف قبل
القبض فيفسخ في الابق كما عليه سيدنا قده او لتخصيص خيار تعذر التسليم كما عن بعض مشايخنا او
ظاهر المحكي عن المحقق ... وقد عرفنا ان الاول الكن الالتفات في كل من العقدين بكل من
الاعيان او منفعة لان وقوع الثمن في مقابل الضميمة على تقدير عدم الظفر بالابق بناء
على مذهب المبنى ... هنا ... بعد ما عرفنا ... او ... ممن

كالصلح القهري فلا مانع عن مخالفتها معرجبا ثم لو رجع مذهبه الى الابهام فى الثمن صار ما عرفته ثانيا
كان الحكم كما فى الاحتمالين الاخيرين وهو اعتبار المجانسة قطعا بلا اشكال لان الضميمة عليهما
جزء للمبيع والمنفعة فكيف يعقل صحة العقد مع المخالفة فى الجنس والى هذا يشير التعليل الى
الذى حكيناه عن بعض فظهر ان منشا التردد والاشكال انه يكون هو ابهام فى المستفاد من الادلة
الضميمة وانه مطلق المال بحكم العلة المستنبطة او خصوص ما كان قابلا لانه يكون بيعا
منفردا بل المنشا هو ان الضميمة هل هو جزء للمبيع او امر خارج تابع فان كان الاول وجب
ان تكون مما يصح انفرادها بالبيع فى بيع الابق او بالاجارة فى اجارته وان كان الثانى لم
يجب وحيث ان ظاهر النصين كونها جزءا انتفى اشتراط المجانسة ويؤيده ما ورد فى بيع
اللبن فى الثدى حيث حكم عليه السلام بعضه وشرائه مع ما فى الثدى وما ورد فى بيع السمك فى الاجام
من ضم الاجام مع السمك ليكون الثمن فى مقابلهما معا ومما يناسب ذكره فى ثمرة التفقه انه لو استاجر
شيئا فمنع مانع عن استيفاء المنفعة فالمانع اما هو الموجر او غيره فان منعه الموجر فاما ان
يكون المنع قبل اقباض العين المستاجرة او بعده فان كان الاول ولم يكن الاجبار حتى مضت المدة
باسرها سقطت الاجرة اى انفسخ العقد قهرا كما عن الشيخ والفاضل فى التذكرة تنزيلا له منزلة
التلف قبل القبض وهل له اى للمستاجر ان يلتزم بالعقد ويطالب الموجر المتوفى للمنفعة بتفاوت
ما بين المسمى واجرة المثل بشرط مما عرفته من ان الاصل عدم الانفساخ خرجنا عنه فى
التلف السماوى فيبقى الاتلاف تحت اصالة الصحة واللزوم لكن خرجنا عن الاول لتعذر التسليم الموجب
للخيار والاظهر نعم وفاقا للمحكى عن المسالك وجامع المقاصد وحق العبارة ان يقول هل يسقط
الاجرة او يثبت له الخيار اذ بعد الحكم بالقهر لا يبقى للسؤال عن جواز الالتزام بالعقد
معنى وكانه يشير لما ذكره غير واحد فى اتلاف المبيع وقد سابقنا انه اجمع منها ان احدها التلف
قبل القبض ... مباشرة لا اتلاف فالمشترى اى المستاجر بالخيار بين امرين فان اخذ
بقاعدة التلف سقطت الاجرة لانفساخ العقد وان اخذ بالثانى كان له تغريم المتلف و
اخذ القيمة وهذا الوجه لا يخلو عن نظر كما مر فيلحق لان فرض دخول الاتلاف تحت قاعدة التلف

قبل القبض

قبل القبض مانع عن اخذ القيمة ولان قاعدة حكم مخالف للقاعدة يختص بالتلف السماوى فى صورة الاتلاف
يبنى على عدم الانفساخ ولاجل ذلك علل غير واحد الخيار فى الاتلاف بتعذر التسليم وهو الذى اخترناه سابقا
فقالوا انه اجمع فيه امران تعذر التسليم واتلاف المتلف فان شاء اخذ بالاول وفسخ العقد وان شاء اخذ به
الثانى ورجع الى المتلف بالقيمة وفى هذا الوجه ايضا نظر لان تعذر التسليم ليس من اسباب الخيار
المنصوصة بل من قاعدة نفى الضرر وهى انما تجرى اذا لم يكن هناك مغرم والا فلا ضرر ولاجل
ذلك علل الخيار فى الاتلاف بعض اهل النظر من المعاصرين بكونه جابرا وهو ان وجود المغرم انما ينفع
فى جبران ضرر المالية وهى صفة مقصودة فوتها سبب الخيار كفوات سائر الاوصاف المقصودة فى المعوض
وفيه ايضا نظر لان خصوصية العين ليست من الصفات الزائدة عن عين المبيع مثلا فلا معنى لاجراء قاعدة
تخلف الوصف عند الاتلاف بل لا بد من اجراء قاعدة التلف قبل القبض ان صدق عليه والا فقاعدة
تعذر التسليم ولاجل ما ذكرنا لم يبعد احتمال او قواه بعض مشايخنا قدس سره من البناء على لزوم العقد
وتعيين الرجوع على المتلف بالغرامة لكنه مخالف لمخالفته للاجماع وافق الجماعة فى تعليل الخيار عند
الاتلاف نصا وفى البيع بالوجه الثانى وقد استراح الشيخ قدس سره مما نقل حيث بنى على عموم قاعدة التلف
للاتلاف فى المبايع البيع والاجارة وحكم بالانفساخ ووافقه فى الثانى جماعة منهم العلامة فى كره
والتحرير والمسالك ايضا فى غير الاشكال لما فيهما من الاقوال والوجوه احدها الانفساخ مطلقا
كما عن المقنعة والمبسوط والسرائر والكافى والنافع ثانيها الانفساخ اذا كان قبل الاقباض كما عن
التذكرة والتحرير وثالثها الخيار للمستاجر بين الفسخ والامضاء كما استظهره المصنف واختاره فى
الايضاح وغاية المراد والتنقيح وايضاح النافع وجامع المقاصد وحواشى الشهيد والكفاية والمفاتيح
ومجمع البرهان والارشاد وشرحه للفخر واللمعة والروضة والظاهر انه التخيير بين اعمال قاعدة التلف
والاتلاف او الخيار بتعذر التسليم او الخيار بتخلف الوصف حسبما فصلنا ورابعها اللزوم وتعيين تغريم
المتلف كما جنح اليه بعض مشايخنا قدس سره وهو الاوفق لو لم يكن مخالفا للاجماع والا فالاوجه ما هو
الثالث والوجه الثانى وهذا اذا استوفى الموجر تمام المنفعة ولو استوفى بعضها فلم العين المستاجرة
فى اثناء المدة فبالنسبة الى الماضى يأتى الوجوه ومع الانفساخ يثبت له خيار تبعض الصفقة

في الباقي وعلى الخيار اما ان يفسخ العقد كله او يلتزم به كذلك وهل له الفسخ في حصة [illegible]
احتمل في جامع المقاصد وللدليل اختاره في عدة من كتب [illegible] الارض ووافقه هنا في محكي الجامع
وان اقتضى تبعض العقد على الموجر لانه ضرر حصل بتفريطه ومع ذلك فللجمل ذلك اختاره في مفتاح
الكرامة لكن قال بعض مشايخنا انه امكان المصنف قلت ولعل وجهه عدم ان للوجه
ظلمة [illegible] لا يجبر الحكم الوضعي الثابت للعقد الحاصل من الظالم لا يسلم فالاصل لزوم
العقد خصوصا منشؤها لو اراد المستاجر فسخ العقد للخيار بعد تعذر التسليم او تخلف الوصف كما هو
به يجبر الضرر الوارد عليه من فوت بعض المعقود عليه واما في غير مثله يحتاج فيها عندهم الى الدليل
الخيار في الاتلاف بالوجه الاول وهو الجمع بين قاعدة التلف والاتلاف كان لما ذكروه وجه بل
لا وجه سواه [illegible] ثم اختصاص قاعدة التلف بعقد البيع لا ينفع فاما اراد المستاجر اعمالها فهي
لا اعمالها الا في مجريها وهو البعض التالف واما في البعض الباقي فليس له شيء الا الاخذ بقاعدة
الاتلاف فعلى هذا الوجه لكن اثبات جواز التبعيض للمستاجر يمكنه كما [illegible] بتعيينه وهم لا يرضونه
بل يقولون بجواز فسخ العقد راسا بلا اشكال ولا خلاف اللهم الا ان يجمع بين قاعدتي
في الاتلاف وخيار التبعيض في الباقي [illegible] مقتضاها سلطنة المستاجر على الفسخ في الكل بناء على الوجه الاول وهو
جيد لكن الخطب في صحة ذلك الوجه وامكان استناد الخيار الذي ذكروه في الاتلاف البدوي ما عرفت
غير من الضعف والقرط فالاصح انه ليس فسخ العقد في الماضي خاصة بل اما ان يلتزم به او يفسخه كذلك
هذا فيما اذا استوفى الموجر المنفعة او حبس العين المستاجرة حتى فاتت المنفعة فاما اذا فوتت فقد نبه
لولا ظاهر جملة الكتاب والقواعد وغيرهما عدم الفرق بين الصورتين بالتعميم في الاولى صرح في
محكي القواعد وجامع المقاصد ومفتاح الكرامة وهو ظاهر الكتاب بما ذكر والتحقيق ان الحكم في
الصورة الاخيرة الانفساخ لقاعدة التلف كما اذا حبس [illegible] من يد الموجر ثم حبس
المستاجر ومنعه عن استيفاء المنفعة الى ان مضت المدة او اثنائها واما الصورة الثانية وهي التي فاتت
المنفعة تحت يد الموجر من غير تصرف واستيفاء ففي الحاقها بهذا اشكال لعدم صدق الاتلاف حتى
ياتي فيه حكمه فتعين الانفساخ لقاعدة التلف كما بعد كذا قيل ولعل الوجه فيما حكم به الشيخ

وكرة

وكرة من اختصاص الخيار بما اذا استوفى المنفعة باسرها فلو فاتت من دون استيفاء انفسخ العقد شيئا
فشيئا كما ذكره وفيه ان يد الموجر تقوم مقام الاتلاف فهو احد اسباب الضمان فيلحق بجميع الوجوه
المتقدمة القاضية بالخيار في صورة الاستيفاء وانا فسخ رجع الى الموجر بالمسمى وله عليه اجرة مثل
ما استوفى لو كان في الاثناء وليس الفسخ مثل الانفساخ لهلاك العين المستاجرة في الاثناء فانه يقسط
المسمى على ما مضى وما بقي وهذا مبني على عدم جريان قاعدة التلف فيما لو تلف تحت اليد العادية
كما عن ابن فهد في حاشية الارشاد حيث خصها بما اذا كان التلف بآفة سماوية من غير ان يكون
في يد ضامنة للقهر وقد يمنع نظرا الى عموم دليلها بحيث يشمل الاتلاف عند الاكثر فيما لو تلف
بالتلف تحت يد [illegible] وقد تفصل بين البيع والاجارة كما عن بعض ففي الاول يلتزم بالعموم
لعدم المخرج وفي الثاني يبني على جريان القاعدة اقتصارا على مورد النص وقد يفرق بينهما ايضا
بوجه اخر كما عن بعض وهو العمل بعموم القاعدة في البيع وفي الاجارة لا يعمل بها اذا تلفت تحت
اليد العادية لان المنفعة مضمونة بالقيمة فليست كالعين حكما واذا تلفت بغير يد كما في الصورة
الاولى فيعمل بها وانما الفصل بهذا التفصيل في البطلان تلف المبيع لا يتصور الا تحت يد البائع
او غيره فلو خصصناها بما اذا لم يكن التلف تحت اليد بقيت بلا مورد وفيه انه انما يلزم ذلك
لو اخرجنا مطلق اليد واما اليد العادية فلا والمسئلة من الغوامض لابد من التامل [illegible]
الثاني اي منع الموجر بعد ما قبض العين المستاجرة في جامع المقاصد ولك لزوم العقد وعدم
ثبوت الخيار للمستاجر لحالها في معنى الاجنبي وغصبه بعد القبض كما ياتي ومما قيل انه يحتمل
الالحاق بالخيار كما ياتي وعن مجمع البرهان والكفاية وكل منا المطلق لزوم العقد وفيه ان تفصيل
المص والقواعد في منع الاجنبي بين ما قبل القبض وما بعده دون منع الموجر كالصريح في
انه لا فرق فيه بين الحالتين فكيف [illegible] منهما القول بلزوم العقد مع منع الموجر بعد
القبض فالخلاف في المسئلة منحصر في المحقق والشهيد الثانيين فيما عثرنا عليه المحقق
الثاني موافقة المص والاكثر فيما لو استوفى الموجر بعد المنع فاثبت الخيار لعدم حصول القبض
وان عدم الخيار انما هو اذا تلفت المنفعة تحت يده وهو تفصيل عجيب على تقدير صحة النسبة

لان الاقباض مع المنع بعده ان كفى فى خروجه عن الضمان لم يتنافى بين الفوات والاستيفاء والا فكلا
انا كان المنع بعد القبض [illegible] استقرار العقد بالاقباض المعتبر فى المعاوضة وحصول [illegible]
الذمة بالموجر يكن عن كرة فيما لو سكن المالك المدة المستاجرة فى اثناء المستاجر فى جامع المقاصد فى اواخر
مباحث الارض ثبوت الخيار ايضا للمستاجر وهو حسن لبعض مشايخنا فيه نظر لان المنافع تدريجية
لا يكفى اقباض العين فى اقباضها الا مع ابقائها تحت يده وزمن الاستيفاء فاذا غصبها بعد الاقباض
كان كما لو لم يقبض رأسا وكذا لو غصبها فى الاثناء بالنسبة الى المدة الباقية وهو حسن واما فسخ
رجع الى الموجر بالمسمى وله عليه اجرة مثل ما استوفى لو كان فى الاثناء وليس الفسخ مثل الانفساخ
لهلاك العين المستاجرة فى الاثناء فانه يسقط المسمى مع ما مضى وما بقى ولو منعه اى المستاجر
ظالم غير الموجر فاما ان يكون قبل القبض او بعده فان كان قبله كان المستاجر مخيرا بالخيار بين
الفسخ ومطالبة الظالم دون الموجر على الاظهر باجرة المثل لاحد الوجوه المتقدمة واحتمل فى
الكفاية وفاقا للمسالك جواز رجوعه به على الموجر لكونه ضامنا للمنفعة او البيع حتى يسلم بعد
ان نقل عدم الجواز عن صريح الايضاح وظاهر جامع المقاصد وهو ضعيف بما فى الكفاية من ان
ضمان الموجر ضمان معاوضة لا ضمان يد وضمان المعاوضة انما ينفع فى الرجوع الى المسمى بعد الانفساخ
او الفسخ دون الرجوع الى القيمة ولو ورد العين المستاجرة فى الاثناء فالحكم الحكم كما مضى من منع
الموجر ورده فى الاثناء من ثبوت الخيار بين فسخ العقد كلا او امضائه كذلك لكن القائل
بجواز التبعيض فى الفسخ هناك كانهم لا يقولون به هنا وتنظر فيه فى القواعد على احد الاحتمالين
فى كلام حيث قال ولو ردت العين فى الاثناء استوفى المنافع الباقية وطالب الغاصب باجرة مثل
الماضى وهل له الفسخ ومطالبة الموجر نظر انتهى وعن جامع المقاصد والحواشى ان محل النظر
هو الفسخ فيما مضى خاصة وانه ليس له ذلك مع انه صرح فى رد الموجر به وفاقا للفاضل بالجواز
وعن الايضاح ان محل النظر امران جواز الفسخ فيما مضى خاصة والرجوع الى الموجر بالاجرة على
فرض عدم الفسخ وبعده كما نرى وقال فى محكى التحرير ولو ردت العين فى الاثناء ولم يكن
قد فسخ كان له استيفاء الباقى وكان الخيار فيما مضى ثابتا وظاهره عدم الفسخ الا جماع اذا لم يكن

الاشكال

الاشكال بل الخلاف فى ان له الفسخ للعقد مطلقا فيما مضى وما بقى لتبعض الصفقة ولاجل ذلك جعلوا
محل النظر فى عبارة القواعد خصوص الفسخ فيما مضى والا فظاهر العبارة تعلق النظر باصل الفسخ
وان المطلوب هو المسمى فتنزيل العبارة على الفسخ فى خصوص ما مضى خلاف ظاهر النظر وتعرضه
لما ذكرنا وكيف كان فوجه الفرق بين المقامين ان الظالم لما كان هناك هو الموجر جاز ان يوجب
تبعض العقد البر كما عللوه به لانه هو السبب فى تضرره بخلاف هنا فان الظالم هو الاجنبى
فلم يجب عليه تحمل ضرر التبعيض وهو حسن لكن الاحسن عدم الفرق وعدم الجواز فى المسئلتين لما عرفت
هنالك ثم المحذوف فى المسئلة محكى عن جامع الشرائع لانه قال الذى يذكر على الظالم لم يعني ظاهر انه
المبطل للفسخ والا اوبل فيه وفى نظائره ممكن كما لا يخفى ولو كان بعد القبض لم تبطل الاجارة
اى لم تنفسخ وكان له الرجوع على الظالم باجرة المثل بلا خلاف فى الحكم الاول لحصول القبض
والاقباض المعتبرين فى المعاوضة وما تقدم فى منع الموجر بعد القبض من عدم كفاية قبض العين
فى قبض المنافع لكونها تدريجية لا يأتى فى المقام [illegible] انما لا يكفى اذا انتزع العين هو
من يد المستاجر فان انتزاعه ينافى القبض للعين فى المنفعة المستقبلة لان القبض هو التخلية
التامة وهى لا تحصل مع الغصب بعد القبض واما اذا كان الغاصب غير الموجر فمن جانبه حصل التخلية
التامة والاقباض الكامل فلزم العقد واورد عليه تارة بان تخلية الموجر وتسليطه التام انما
يكفى فى القبض بالنسبة الى المنافع المستقبلة بعد وجود سائر المقدمات الخارجية التى لا دخل لا حد
فيها كحلول الاجل ونحوه لا بد منها والا لزم الاكتفاء بقبض الموجر قبل زمان الاجارة لحصول المقدمات
هو واجب البتة من المقدمات مع انه ليس كذلك ولا ريب ان قهر الظالم مانع عن الاستيفاء وعدم من
التى خارج عن قدرتهما وثانيا بانه لا فرق بين منع الغاصب وتلف العين المستاجرة بعد الاقباض
فانما هو راجع الى الموجر حاصل فى الموضعين فان كان كافيا فى الاقباض لزم عدم الانفساخ
او الخيار فى الثانى ايضا مع انه باطل بالاتفاق قلت يندفع الايرادان بان عدم المقدمات
يكشف عن عدم تأثير العقد رأسا فالانفساخ مع تلف العين او انكشاف عدم اهليتها
للانتفاع كاشف عن فساد الاجارة فان تلفت فى ابتداء المدة كشف عن فسادها مطلقا وان تلفت

في الاثناء كشف عنه بالعيب وليس هنا خيار للمستأجر حتى بالفسخ الى ما استوفى ومنع الظالم
لا يكشف عن عدم تأثير العقد لعدم المقتضي بل الاحتمال قاعدة التلف لو قلنا العين بها مع وجود
الظالم لعدم واحتمال خيار بعد التسليم حسبما فصلنا فالمدار دوان ساقطات وانما انهدم
المكن كان للمستأجر فسخ الاجارة الان بعينه صاحبه وعلله منه عنه وفي المتن بل الجمع عليه
في الجملة في المستغني منه وعلى قول جماعة بل تمامه انما شهر في المسالك ولكن فيه تردد المصنف
والسبزواري في محكي الكفاية ومنع الاصحاب هنا مع المبادرة الى الاعادة بحيث لا يفوت
شيء من المنفعة ولو تمادى في اعادته وفات بعضها ثبت الخيار بلا اشكال لانه عقد
مان فسخ المستأجر رجع بنسبته تخلف من الاجرة او ما سلم بسبب الاجرة لو كان الانهدام
في اثناء المدة ولو كان في الابتداء رجع بتمامها ولنشرح المقام ببيان امور الاول ثبوت الخيار
للمستأجر قبل اعادة المورد في مفتاح الكرامة الظاهر انه اجماعي كما يظهر من التنقيح نعم في المقنعة
وبنت ومسم والوسيلة والغنية هو الحكم بسقوط الاجرة الان بعد المالك وظاهرهم عدم
لكن المراد من الخيار دالانه ينفع اعادة المالك وانه فلا جمع في محكي الغنية بين الامرين ضمان
المستأجر وسقوط الاجرة وهو يكشف عن ارادة الخيار بالسقوط في سائر كلماتهم فلو تردد المصنف
ح راجع الى المستغني الذي بانى عليه بانه وان كان خلاف ظاهر العبارة الا انه من بلدة نفي
الخيار هنا اشكالان وجهين احدهما انه باطل في التلف قبل القبض وقد اطبقوا فيه الا
كما مضى في اوائل الكتاب فيبين كلماتهم في المقامين تناقض وثانيهما انه ينقض مع قطع النظر
عن المناقضة منافي القاعدة التلف القاضية بالانفساخ ويدفع الاول بحمل كلامهم
هنا على ما بعد القبض فلا تناقض ويدفع مضا الاعتراض غير واحد منهم بعد الفرق بين
الصورتين الا في اختصاص الخيار بالباقي من زمن الاجارة لو كان التلف في الاثناء بما عرفت
في المسئلة السابقة من توقف حصول القبض في الاجارة الى انقضاء المدة فمتى انهدم المكن
بعد القبض كان من التلف قبل القبض سواء كان في الابتداء وفي الاثناء ويندفع بان المراد
بالتلف المجمع على كونه سببا للانفساخ ما لم يمكن معه الاعادة كموت الدابة او العبد وموت

المنفعة

المنفعة وامثالها ما لم يمكن اعادة العين المستأجرة على الحالة الاولى فرض لعله المسئلة ويندفع الثاني بان
ممكن الاعادة في حكم غير المنهدم التالف فلا تأتي فيه قاعدة التلف قبل القبض ويشكل بانه لو كان كذلك لم يكن للخيار وجه
لعدم التلف مع وجود العين المستأجرة كما لو مضى زمان فات فيه المنفعة كان يثبت الخيار وهو ليس محل الكلام
قال في محكي الايضاح واعلم انه ما يفوت شيء من المنافع للمستأجر اولا فان كان الاول فله الفسخ قطعا وان
لم يفت شيء من المنافع اي المسئلة المفروضة في عد التي هي بعينها مسئلتنا هذه ويندفع بان انهدام المكن
عندهم يجري مجرى تخلف الوصف والمراد المعروفة بالتركيب والتاليف الموجودين حال العقد فيأتي
خيار تخلف الوصف وحينئذ ظهر ضعف ما عن الرياض ونافى ما للمحكي عن شرح العميدي على القواعد من عدم
الخيار ولزوم العقد اذا لم يفت شيء من المنافع وبادر المالك الى العادة كما ظهر انه ليس للمستأجر الزام المالك
بالاعادة كما عن الارشاد ومجمع البرهان لان تضرره ينجبر بالخيار فله فسخ هذه المسمى وان لم يفسخ كان له العين
والانتفاع بها فالمحكي عن المراسم والنافع فقالوا بالالزام الثاني انما بادر المالك الى العادة قبل فوت شيء
من المنفعة ففي بقاء الخيار وسقوطه وجهان بل قولا في محكي الايضاح ان الانهدام سبب الخيار والثابت انما علق بما
وصف لم يعتبر حصول الحكمة التي هي مظنتها بالفعل فمن ثم جاز الفسخ ومن حيث انه لم يفت شيء من المنافع
التي وقع عليها العقد فلا خيار والاصح الاول انتهى وهو الذي استقربه في القواعد وقواه في محكي عند
وقيل انه يلوح من السرائر والنافع ومجمع البرهان وعن جامع المقاصد والكفاية العدم وعن الرياض انه ان
ثبت ان الانهدام بنفسه من حيث سبب للخيار اعتبر العمل بالاستصحاب ولكنه غير معلوم ان الدليل الا
نفي الضرر وقد زال او الاجماع وضعف اعمه كالمكان المحلاف واورد عليه في مفتاح الكرامة اولا بان ابه
معلوم كما هو ظاهر الغنية وثانيا بان الاستصحاب ممنوع هنا كما نفوا معه في خيار الغبن والرؤية
من الرياض بالاجماع الاجماع بعد الاعادة والذي هو معلوم له هو الاجماع على الخيار قبلها لا بعدها
كيف وقد عرفت خلاف الجماعة الذين نقل هو خلافهم في المسئلة واما منع الاستصحاب لما ذكروه
في خيار الغبن والرؤية فاوضح خطأ لان البحث هنا ليس في فورية الخيار حتى يقاس بخياري
الغبن والرؤية كما في الرياض للاجماع عن فوته وعن شيخنا العلامة رفع الله مقامه تحقيقا شيقا في المقام
وحصله بعد التهذيب ان الخصوصية اما ان تكون داخلة في متعلق الاجارة دخول الجزء المقوم

بناء على كون متعلق الاجارة
هي العرصة المقرونة بالبناء
او الالات صح
ح م
ح

فى الحل واما ان يكون خارجة وان كانت مقصودة كالكتابة فى العبد الكاتب واما ان يكون داخلة
باعتبار كونها احدى الخصوصيات مجزا بينهما او معتدا بعضها على بعض كما فى صورة تعدد المطلوب فان
الاول فيعين الانفساخ وان كان الثانى فتعين الخيار وان كان الثالث فتعين اللزوم على التوزيع بين
الخصوصيات او الخيار على الترتيب بعد احكم الصور لكن الواقع فى الخارج المتعارف بين الناس فى اجارات
الدور والمساكن ليس منها الاول والالزم البناء على الانفساخ بمجرد سقوط جزء من الحايط او خراب بعض ما لا يضر
بالمنفعة المقصودة وهو كما ترى ولا من القسم الثانى لخروجه عن ظاهر العقد القاضى بدخول الخصوصية
فى متعلقه فيتعين ان يكون من الثالث فمقتضى القاعدة ح عدم الخيار على التوزيع وثبوته على الترتيب ويمكن
ويمكن ترجيح الخيار على الوجه الاول ايضا بدعوى اتحاد الخصوصية المعادة مع الاولى فى نظر العرف وان كانتا
متغايرتين بالدقة فلا منافاة بين الاخذ بظاهر العقد القاضى بكون الخصوصية الاولى داخلة فى العقد
بين عدم البطلان والانفساخ مع امكان الاعادة وان ثبت الخيار من جهة تبدل الخصوصية بعد المحض
ما دام مع الامر بالتامل قلت وهو تحقيق جيد لكن الاشكال صاحب فى غير محله لان الخصوصية الاولى
ان كانت معتبرة فى العقد على وجه الركنية فالازم انفساخ العقد بمجرد الانهدام ولا ينفع الاعادة
ح كما لا يخفى وان لم تكن معتبرة كذلك فان فات شىء من المنافع اعتبر الخيار لنفى الضرر والا فلا ومقتضى
له ومجرد كونها بمنزلة الوصف الخارج لا يجدى اذ دليل على الخيار مع تخلف الوصف سوى قاعدة
نفى الضرر الغير الجارية فى المقام او الاجماع الممنوع والحاصل ان خيار تخلف الوصف او الرؤية
ليس تعبدا محضا بل لاجل نفى الضرر فحيث لا ضرر فلا خيار ودعوى ان نفى الضرر حكمة لا علة
راجعة الى دعوى الاجماع التى منعها اذ الظ عدم الاجماع على خيار تخلف الوصف كذلك بدليل
خلافهم فى الخيار هنا ونظائره فالاوجه بحسب القواعد ما عليه العميدى من التفصيل بين فوت
شىء من المنافع فالخيار باق والا فلا خيار سواء طال زمان الاعادة ام لا ومختار الرياض
راجع اليه بالمآل وهو حسن ودعوى الاجماع على ثبوت الخيار مطلقا ولو لم يفت شىء من
المنافع كما سمعت من مفتاح الكرامة ممنوعة اشد المنع وكيف يمكن دعواه مع عدم
مصرح به سوى العلامة فى المتن المنزل على الغالب اذ من المستحيل عادة امكان اعادة المسكن

قبل مضى زمانه

قبل مضى زمان يفوت فيه المنفعة الثالث اذا امتنع الاعادة فاما ان يبقى بعض المنفعة التى استوجر
لها او لا فان كان الاول فلا اشكال بل لا خلاف ظاهرا فى عدم الانفساخ وثبوت الخيار
للمستاجر وهو واضح اما عدم الانفساخ فلبقاء العين المستاجرة وامكان الانتفاع بها فى
الجملة واما الخيار فللنقص الحاصل اذ كان فى الكم كان انهدم بعض بيوتات المسكن فالخيار
خيار التبعض وان رجع الى النقص الكيفى كما لو انهدم ستارة السطح او بعض الحيطان فهو خيار
تخلف الوصف وان كان الثانى فاما ان لا يمكن الانتفاع منها بوجه اخر مثل ان يجعله
حرز ونحوه او يمكن فعلى الاول لا اشكال فى الانفساخ لقاعدة التلف وعلى الثانى ففى بقاء
العقد وثبوت الخيار او الانفساخ وجهان مبنيان على دخول سائر المنافع تحت العقد
ترتيبا على نحو تعدد المطلوب او على التوزيع وعلى هذا الذى يقتضيه ظاهر العقد هو الثانى
ودخول غير المنفعة المذكورة فى متن العقد تحته لا وجه له نعم على فرض الدخول مترتبا
لا اشكال فى ثبوت الخيار لفوت المطلوب الاولى كما قيل وفيه ان دخول جميع المنافع
فى ملك المستاجر على هذا الوجه الراجع الى تعدد المطلوب ينافى تعيين المنفعة فى العقد
اللازم نعم لا مانع من دخولها فى ملكه على التوزيع ومقتضاه عدم الخيار كما لا يخفى ويمكن
ارجاع تعدد المطلوب الى تخلف الوصف فلا جهالة كما يظهر بالتامل وقيد المحقق
والشهيد الثانيان خيار المستاجر فى مفروض العبارة فى جامع المقاصد والمسالك بما اذا بقى اصل
الاصل الانتفاع وهذا يدل على اختيارهما الوجه الثانى بناء على كون اضافة الاصل الى
الانتفاع من باب اضافة الصفة الى الموصوف اى بقى الانتفاع الاصلى كما قيل كما ان
الحكم عن المختصر لا ظهور فى الاصل حيث قيد بما اذا امكن الانتفاع وان قل والاصح التأنى
جدا على ظاهر اللفظ لكن هنا شىء وهو انه لو استاجر ارضا لزرع الحنطة مثلا
ففى جواز العدول الى المساوى والاقل ضررا كالشعير خلاف والعامة كلا او جلا على
الجواز والمعروف المعزى الى الاكثر بين الخاصة المنع والمخالف هو العلامة
فى كتبه التى منها القواعد على اشكل والمحقق الثانى وان خالفه وزيف ما تعلق به

من الوجوه للجواز لكنه في بعض الفروع واقتصر في جامع المقاصد وهو الاوجه هنا للغرض الا الجناية بناء على كونه اقل ضررا فيها القول بالبطلان بالجواز اختيارا يتعين بقاء العقد لو فاتت المنفعة
المعقود عليها كلا وانحصر الانتفاع في غيرها وقد يقال بعدم الملازمة بين المقامين بناء على
كون العدول عن المنفعة المذكورة في العقد الى غيرها راجعا الى ملك الانتفاع دون
المنفعة لدلالة الاول عليه بالفحوى وهذا حسن لو لم نقل بجواز الاجارة للمستأجر
للمنفعة التي جوزناها له مع انهم لا يرضون به مع القول بالجواز والمقام يحتاج
الى التأمل الان الخطب سهل بعد ذهاب الجماعة في تلك المسألة الى عدم جواز العدول
فرع الاول قال في القواعد لو كانت الاجارة على عمل مضمون كخياطة ثوب او حمل شيء
فغصب العبد الخياط والدابة الحاملة فللمستأجر مطالبة المالك بعوض المغصوب كما عن
التحرير وجامع المقاصد وهو مشتمل على حكمين احدهما بقاء العقد وعدم الانفساخ
لما مر في منع الظالم بعد القبض من تحقق التسليم المعتبر المخرج للموجر عن الضمان
والثاني رجوع المستأجر على المالك بعوض المغصوب لا على الغاصب باجرة المثل كما هو كذلك
لو كانت الاجارة على عين شخصية فغصبت بعد القبض وهو محل تأمل اذ لا فرق بين العقد
على كلي موصوف او على جزئي مخصوص في ان الضمان الكلية والقبض تام من جانب الموجر في الوصفين
والضرر متوجه الى المستأجر من الخارج فلا على الموجر شيء وانما عليهما اجرة المثل على الظالم
والتحقيق ان للمسألة صورتين احديهما العقد على كلي موصوف كالواجر عبدا خياطا فلم
الى المستأجر عبدا خياطا وهذا مثل العقد على عبد جزئي مخصوص على الاقرب وان احتمل
الفرق بان القبض بالعبد الجزئي تحقق بتسليمه فخرج الموجر عن الضمان على العبد
الكلي فان قبضه يتوقف على استيفاء المنفعة في الخارج ولا يكفي فيه تسليم بعض مصاديقه
نعم هو يكفي في استحقاق مطالبة الاجرة في الخروج عن الضمان ولا ملازمة بينهما
كما هو كذلك في الجزئي ايضا ويضعف بان التعيين الى الموجر فاذا عين بعض المصاديق
جرى عليه حكم العين الجزئية المستأجرة وهذا الفرع كثير الابتلاء في الاعصار والامصار

لان الكلام

لان الكلام كثيرا ما يجرون الدوام لعدم اجارتهما وثانيهما وقوع الاجارة على عمل مضمون له
كخياطة الثوب مثلا وكون تسليم العبد مقدمة لايفاء العمل وهذا من الاجارات المتعلقة
بالاعمال بخلاف الاولى فانها داخلة في اجارة الاعيان وان كانت العين كلية وحكما
ما ذكره في القواعد من مطالبة المالك بعوض المغصوب لانتقال العمل الا بحصوله الا بوجوده
في الخارج فلا تصير المنفعة تالفة حتى يتبعض العين المعروفين في البيع والجناية والظاهر
عدم الملازمة كما لا يخفى وبما ذكرنا يحصل الجمع بين قوليه في محكي كرة فانه قال تارة
لو كانت الاجارة في الذمة فعلى الموجر الابدال وقال اخرى بعده للمستأجر تخيير بين
الفسخ والرجوع على الغاصب فالمراد بالاولى الصورة الثانية وبالثانية الصورة الاولى
وان كان الحكم في عبارته في الثانية اظهر في الصورة الثانية منها في الصورة الاولى لانها
عين عبارة القواعد التي نقلناها وحملناها على الصورة الاولى وقد جمع بينهما في مفتاح
الكرامة بان المراد بالثانية لو استأجر عينا شخصية بعمل في الذمة فغصبت قبل القبض
فانه يتخير بين الفسخ والرجوع على الغاصب مثلا ان يقول اجرتك عبدك هذا على
ان اخيط لك به شهرا او اجرته نفسي على ان اخيط لك بعبدك هذا شهرا والمراد بالاولى
الاتي ما اذا اجره دابة في الذمة بعمل شيء او كلي في الذمة وبعد ذلك اغصبت قبل القبض
طالب بالبدل قطعا انتهى قلت لا معنى لاستيجار العين الشخصية لعمل في الذمة الا
لا يجاد العمل تسبيبا بفعل عبد جزئي وهو في قوة استيجار ذلك العبد بل هو هو فلا وجه
لتفسير العبارة الثانية المفروضة في كون الاجارة في الذمة بها فلا محيص الا عن تفسيرها
بما ذكرنا الذي يرجع الى الاجارة للعمل وتسليم العين مقدمة للاستيفاء وكذا لا مفهوم
محصل للاستيجار دابة كلية لعمل شخصي او كلي سوى استيجار عين كلية في الذمة وقد عرفت
الاشكال في جواز مطالبة البدل ثم انه حمل عبارة التذكرة على ما قبل القبض وهو كما ترى
اذ الغصب قبل القبض في الكل سواء كان عملا او عينا لا يوجب شيئا وتعبيره بعض مشايخنا
قدس في عبارة القواعد المتقدمة وحملها على ما قبل القبض والذي دعاه اليه ذكر الفاضل

فى عدّ هذه المسئلة فى تلو غصب العين المستأجرة قبل القبض فظن انهما اثنان مفروضتان قبله وهو خطاء مبنى على عدم الالتفات الى ذكرنا مضافا الى امكان دعوى ظهور قوله فى كونه بعد القبض هذا كله اذا امكن الابدال وان تعذر ففى القواعد ان المستأجر يتخير بين الفسخ والامضاء والصبر حتى يوجد البدل ووافقه فى محكى الجامع وقال بعض مشايخنا انه لا يخلو من بحث قلت هو بعد ما بنى عليه من حمل العبارة على ما قبل القبض لا وجه له نظرا الى تعذر التسليم الموجب للخيار ولو كان مورد الاجارة مضمونا انه لا فرق ظاهرا عندهم بين الكلى والجزئى واما على ما بنينا من حمل كلام الفاضل فى المضمون على ما بعد القبض فله وجه عرفت مما مرّ من ان المبيع بعد التعيين يصير كالجزئى وغصبه بعد القبض قد عرفت انه يقتضى الانفساخ لقاعدة التلف السليمة عن معارضة قاعدة الاتلاف لكنه مبنى على الفرق بين استيفاء الغاصب منفعة المغصوب وفواتها تحت يده من دون استيفاء وقد تقدم نقل الخلاف فيه وان الاصح عدم الفرق ولا ريب فى ثبوت الخيار هنا نظرا لثبوته لو كان متعلق الاجارة عينا شخصية فلا فرق فى ثبوت الخيار بين الفسخ والصبر الى وجود البدل ورد المغصوب ما بين قبل القبض وبعده ثم قال الفاضل ولو كان الغصب بعد القبض تخير بين الفسخ ومطالبة الغاصب باجرة المثل ووافقه فى محكى الجامع وقال بعض مشايخنا فيه انه لا يخلو من بحث ولم يذكر وجه البحث ولعل وجهه ان الاجارة كانت على كلى مضمون وقبض العين الشخصية وهو حسن كما ظهر وجهه اولا الفرع مع الاشارة الى الجواب لكن الظاهر ان كلام الفاضل هنا ناظر الى المسئلة الاولى وهى ما لو كان متعلقها عينا شخصية لا ما كان كليا فانه وان توهم فى بادى النظر رجوعه اليه لكنه ليس بشىء كما يظهر لمن راجع قواعده وتأمل فانه لا ارتياب فى ان هذا الكلام هو الشق الثانى من شقى البحث عن غصب العين المستأجرة وان الاجارة لعمل مضمون جملة معترضة بين الشق الاول وهو الغصب قبل القبض والشق الثانى اى الغصب بعد القبض الثالث لو عرض عذر مانع للمستأجر من استيفاء المنفعة فان كان شرعيا كما لو استأجر لقلع ضرسه فزال الالم او لكنس المسجد فجنب المستأجر او حاضت الفسخ الاجارة مع علم

ح كعدم وللمستأجر مطالبة البدل من الموجر مع الامكان دون الرجوع على الظالم باجرة المثل ولعله هو كما استيجار العين الشخصية
ع ع ع
ع
م

مع امتناع بدله فى اوائل الكتاب والمعاملة وغيرهما نظرا الى كون المنع الشرعى بمنزلة التلف وتخير المستأجر بين الفسخ والصبر الى زوال العذر بناء على كون المقام وعدم عارض خاصة التلف له مختصا منهما بالتلف الحقيقى وانه لا اجر تحت تعذر التسليم وانتفاء المقدرة عليه الموجب للخيار وكيف كان فلا يسقط عن المستأجر الالتزام بالعقد ولا على الموجر عن المال وتهمة الاثم وان كان غير شرعى كانقطاع السائلة فى اجارة الحمل للحج وحدوث الخوف العام عن سلوك المسلك فى اجارة الدور او تمرض المستأجر المانع عن الركوب او السفر واشباههما ففى كونه سببا للفسخ او الانفساخ او العدم معهم اوانا كان خاصا بالمستأجر وجوه او اقوال والاصح وفاقا للقواعد والتمهيد فى محكى حواشى التحرير وبعض مشايخنا انه هو الفسخ او الانفساخ خلافا للمحقق الثانى فى العذر الخاص بالمستأجر فقال فى محكى الجامع ان فيه اشكالا انشاء من وجود المانع الشرعى ومن تخيل عدم تأثيره اذ لا مانع من طرف الموجر وعما فيه ان حدوث العذر المانع شرعا او عادة يكشف عن عدم تأثير العقد اولا ولا مدخلية لتقصير الموجر وعدمه فى ذلك ثم انه منقوض بمسئلة المرض التى اعترف بالخيار فيها وقد تفطن للنقض واعترف بوروده على ما نقل عنه فى الجامع وذهب فى مفتاح الكرامة الى عدم اختصاص العذر بالمستأجر مدعيا للاجماع فارقا بينه وبين مسئلة المرض بكونها من الموانع الشرعية كجنابة المستأجر او حيضه فانه فى طى اعتراضاته على التمهيد والمحقق الثانى ما لفظه ان العذر عندهم على ثلاثة اقسام عذر فى نفس الموجر او المستأجر خاصة وعدم المطلان فى ذلك محل وفاق وعلله بعد الاجماع انه اعمل معنى العموم وعذر فيهما كما لو شملهما الخوف وعمهما ووجه الفسخ والانفساخ فيهما ظاهر كما عرفت لانه شرعى يجرى تعذره باستيفاء المنفعة من المعقود عليه لتلف العين وهذا العذر يرجع بالحقيقة الى كونه عاما لهما ولغيرهما وعذر فى المعقود عليه كما لو استأجر جبلا فابق او استأجره لقلع ضرسه فسكن الالم او استأجرها لكنس المسجد فحاضت والحيض عذر شرعى فى المعقود عليه وحكمه انه الفسخ او ينفسخ هو بنفسه كما يظهر من المسلمين امنع النظر فى كلامهم

ولحظ التذكرة فالفسخ اقوى ولدفع الاشكال الى اخر ما قال قلت هو ابصر بجملة القوم وقد تكون تشبثه بالاصل الجبر بالعيب والذى رماه الى عبارة الفاضل فى محكى التحرير وتشابهها
من عبارات الاصحاب قال فيه ولا يفسخ بالعذر فلو كرى الحج جملا ثم بدا له او مرض لم يكن
له فسخ الاجارة اذا العذر المعروض فيه خاص بالمستاجر وفاقا لهم ولو كان الخوف مختصا
بالمستاجر لقرب عدده من اهل العدو واختشى رضا او ضاعت نفقته او تلف متاعه لم يكن
الفسخ وهذه صرح من الاولى فى عدم الخيار للمستاجر اذا اختص العذر به ونقل عن الغنية
وقد ذكره مثل ذلك مع صراحة الاول وظهور الاخيرين فى دعوى الاجماع ويمكن
استظهار عدم الانفساخ من اللمعة ايضا حيث قال ولو عم العذر كالثلج المانع من قطع الطريق
فالاقرب جواز الفسخ نظرا الى مفهوم الشرط القاضى بعدم الجواز مع عدم العموم لكن مع ذلك
كله فالحق ما عرفت ان الحكم فى امثال المقام يتبع القاعدة ولا قطع بسببه نص على خلافها ومن
عدم الفرق بين عموم العذر واختصاصه بالمستاجر من حيث القاعدة بل مسئلة الفرق بين العذر
الخاص ودعوى كونه على اللزوم ايضا لعدم تشريع الاقدام على قلعه ليس له المطلب ومرجع النزاع
الى اللفظ لان للمستاجر اذا استحال فى حقه شرعا او عقلا استيفاء المنفعة استحال الانتفاع
فى حق الموجر اى فرق بين زوال الالم عن الضرس وبين الثلج المانع وبما ذا اندفع اشكال
النقض ظهر الفرق وقصوى ما يقال ان زوال الالم عذر فى المعقود عليه وهو يوجب الانفساخ
كالتلف قبل القبض بخلاف الثلج وقطاع القافلة فى استيجار الجمل منه وهو كما ترى ضعيف بعد
اشتراكهما فى الدليل صحة وفسادا ابقى الكلام فى الاجماع الذى ذكره وهو ممنوع وكيف
يمكن دعواه مع صريح مخالفة الشهيد والعلامة اما الشهيد فقال فى محكى حاشية التحرير
ما حاصله ان اطلاق عدم الخيار مقيد بما اذا امكن للمستاجر استيفاء المنفعة ولو بغيرها
او امتنع ولكن الشرط فى العقد المباشرة فلو انتفى الامران فالاقرب الخيار والظاهر انه
تفسير المراد الفاضل لانه على الفرض لسوء الفتوى وهذا التفسير كما يلى فى عبارة التحرير الذى
ياتى فى العبارة الثانية ايضا بل ياتى فى جميع ما يشبهها من عبارات الاصحاب وما اغفله من قال

حق

حق اورد على الشهيد فيما ادعاه من تقييد العبارة الاولى بصورة امكان الركوب وقال
انه لا يأتى فى العبارة الاخرى المشتملة على مثال حرب المستاجر من العدو ولمنى عنا هو عروض
مراجعتها فى عدم الامكان ووجه الغفلة ان الشهيد لم يقل بالتقييد معينا بل مخيرا
بينه وبين عدم المباشرة وقد غفل عن ذلك وزعم انه حكم ثانيا بتقييد العبارة بالامكان
فقال ان العبارة الثانية لا تحتمل على هذا التقييد والحاصل ان عدم الخيار مع اختصاص
العذر بالمستاجر مشروط باحد امرين اما امكان الانتفاع له مع وجود العذر كالمرض او
عدم اشتراط المباشرة لو تعذر فى حقه خاصة الانتفاع فلو انتفيا فالاقرب عنده الخيار
واما العلامة فقد قرب الخيار لو انقطع السائلة فى القواعد فراجع ومما ذكرنا ظهر حال التذكرة
وان لم الحظها وكذا حال سائر كلمات الاصحاب مما صرح فيها بعدم الخيار للمستاجر مع اختصاص
العذر فانها محمولة على الغالب من عدم شرط المباشرة مما قلت فما وجه اعتبار عموم عموم العذر
فى الخيار فى اللمعة وجامع المقاصد وما معناه ما كان على اللزوم خاصة ادل بعين النظر قلت الظاهر ان
عموم العذر منوط النظر فى غيرها هو مشروط بالمباشرة كما هو الغالب فحج يكون المراد بالعموم
ابعم الموجر وغيره حتى يتحقق تعذر استيفاء المنفعة فى حق المستاجر اذ لو كان خاصا
به لم يكن له عذر ولا خيار وهذا هو المراد لو قال فقيد لعدم الخيار مع اختصاص العذر
به اذ لا يعقل الفرق بين الاعذار الثلثة على المختص بالمستاجر والعذر العام والعذر
الراجع الى المعقود عليه فى هذا الباب لاشتراك الجميع فى انتفاء احد ركنى المعاملة سواء
فى المسكن او فى الساكن او فى المركوب او فى الراكب واى فرق بين سقوط الدابة او
خروجها عن قابلية المركوب وبين سقوط الراكب مع اشتراك المباشرة ومجرد كون الاول
عذرا فى المعقود عليه مجرى مجرى التلف قبل القبض دون الثانى فلا بالتمسك به ثم يبقى
الاشكال فى انهم يفرقون فى الخيار ولا يقولون به جزما مع ان مقتضى القاعدة الانفساخ فى الفسخ
قطعا الا ان يوجه بان العذر المانع عن الانتفاع والاستيفاء بعد القبض كما هو المفروض
فى هذا الفرع قد يقال انه ضرر خارجى كالغصب متوجه الى المستاج بعد حصول القبض المعتبر

في المعاوضة فيكون كتلف المبيع بعد القبض فلا يوجب فسخا ولا انفساخا او هنا وجه غير الاول لا ما قيل من انه لم ينعقد حقا لا استيفاء المنفعة فلا يكون بمنزلة التلف وانه لا مانع من طرف الموجر والعين بل من جانب المستاجر وهو لا يقتضي البطلان وان حكم الاعاقة معلوم والخوف مظنون فلا يعارضه لما فيهما من وجوه البحث والنظر كما لا يخفى خصوصا الاخير بعد كفاية الظن بالضرر في الحرمة والمنع الشرعي ويمكن ارجاع بعضها الى ما قلنا وجوابه ما اشرنا اليه غير مرة من ان القبض في المنفعة يتوقف على التمام متعذر الاستيفاء العقلية والشرعية بعد تسليم العين ولا يكفي فيه مجرد تخلية الموجر واقباضه العين الا في خصوص الغصب بناء على المعروف والمنصور من عدم الخيار معه بعد القبض مما اشكل فيه شيخنا الاستاذ في مسئلة منع الظالم من جميع ما ذكرنا ان الحكم في الاعذار الثلثة واحد وهو الفسخ ان الحقنا متعذر التسليم او الانفساخ ان الحقناه بالتلف قبل القبض وان العذر الخاص بالمستاجر ليس بشيء مع الاطلاق وعدم اشتراط المباشرة كما هو الغالب في اجارة الدواب والدور والاراضي ثم ان العذر الخاص بالموجر يوجب له الخيار خاصة فلو عرض خوف للدابة دون الراكب كان هو بالخيار دون المستاجر ويمكن المناقشة فيه بان الدابة وهو يتمكن من اتلافها فلو علم الموجر بهلاكها او سرقتها في الطريق وجب عليه اتمام الوفاء بالوفاء بالعقد فكيف مع الخوف عليهما اعم لو خاف على نفسه فيما لو شرط المصاحبة كان له الخيار لعدم الوفاء بما دام مشتركا فالواجب يملكون خيار منع العذر المشترك لما انه ممنوع من الشروع فيما عاله فيكون معذورا مخيرا بين الفسخ والوفاء الثالث قال في القواعد لو استاجر دار للسكنى فحدث خوف عام يمنع الاقامة بذلك فهي فتخير المستاجر نظر انتهى وظاهره عدم الخيار مع اختصاص الخوف بالمستاجر وقد عرفت ما هو التحقيق فيه وانه يحمل على الغالب الغير الشرط وهو فيه الاشتراط والا ثبت له الخيار مع الخوف منه وفاقا للمحكي الجامع خلافا لمفتاح الكرامة فاشترط عموم الخوف ثم ان وجه النظر على ما في الايضاح والحواشي والجامع هو امكان الانتفاع وعروض المانع وفي مفتاح الكرامة انه الشك في كونه من العذر الخاص بالمستاجر

حتى لا يثبت

حتى لا يثبت له الخيار او من العذر في المعقود عليه وهو مبني على اصله من تثليث الاعذار وفيه مضافا الى فساده اصله كما مر ان العذر هنا غير راجع الى المعقود عليه قطعا فكيف يكون سببا لنظر العلامة واما الوجه الاول فمن البين ضعفه بان الوجهين جاريان في مسئلة القطاع ايضا مع انه استقرب فيه الخيار للموجر والمستاجر كليهما فلا بد ان يكون وجه النظر شيئا الا ما في مسئلة الانقطاع التي ذكر قبلها او عن الجامع في الفرق بينهما ان العذر هنا خاص فيه ولا يخفى ما فيهما من الضعف والاظهر ان وجهه الفرق ووجه النظر واحد وهو ان الخوف على الملك يشبه الغصب بعد القبض فلا يكون للخيار بخلاف انقطاع المسالك فانه افة سماوي وعن الايضاح عن الفخر عن العلامة انه راجع محصله الى هذا والله العالم

الفصل الثالث في احكامها وفيه مسائل الاولى اذا وجد المستاجر بالعين المستاجرة عيبا كان له الفسخ او الرضا بالاجرة من غير نقصان ولو كان العيب مما يفوت به بعض المنفعة اما الحكم الاول وهو الخيار بين الفسخ والامضاء فلا اشكال فيه في الجملة ولا خلاف كما عن العلامة في كره وابن المنذر بل عن الغنية الاجماع عليه وانما الاشكال او الخلاف في امور الاول ان هذا الخيار هل هو خيار العيب او خيار تخلف الوصف والشرط او خيار مستقل برأسه حيث لا امر التنصيص المنجبر ضعفه بالعمل ذهب الى كل فريق ويظهر اثره فيما يتفرع من الفروع وفي الحكم الثاني الذي هو الامضاء بدون استحقاق الارش والذي يقتضيه ظاهر العبارة وما هنا في التعبير هنا بالعيب هو الاول لكن يضعفه وجوه احدها انه لو كان من خيار لكان الارش ثابتا بالاجماع ان الكل او الجل قالوا هنا بعدمه والاعتذار عنه بان الارش مخالف للاصل ثبت بدليل خاص بالبيع ممنوع اولا بما تقدم وتقرر عندهم من ثبوته في كل معاوضة وشبهها كالمهر وعوض الخلع وثانيا بما نقلنا في خصوص الاجرة من عدم الخلاف في ثبوته وثالثها انهم صرحوا من غير ظهور خلاف بل ادعي اتفاقهم بثبوت هذا الخيار للمستاجر ولو علم بالعيب بعد التصرف في العين المستاجرة مع ان خيار العيب يسقط بالتصرف اتفاقا والاعتذار عنه

ما المستاجر وهنا ليس الموجر باعتبار الخوف على دابته والمراد عروض الخوف في الطريق لاجلها بخلاف المسئلة فان عروضه فيه نادر
ح

بان سقوط خيار العيب حكم تعبدى على خلاف الاصل ثابت فى البيع بالدليل فلا يتعدى
فى هذا الحكم منه الى غيره كالاجارة ممنوع بان التفكيك بين اللازم والملزوم من غير دليل
غلط مستحيل فالتعدى فى خيار العيب من البيع الى الاجارة يستلزم التعدى فى لازمه الثابت
بالدليل فرجع الاعتذار الى الاعتراف بالمدعى وهو عدم كون الخيار خيار العيب من حيث
لا يثمر واضعف منه الاعتذار بابداء الفارق بين البيع والاجارة بان من اشترى
ينجبر فى البيع بالارش بعد سقوط خياره بالتصرف بخلاف المستاجر فانه لا ارش له اتفاقا
فلو سقط خياره بالتصرف كان ضررا عليه ووجه الاضعفية ان سقوط الارش هنا ايضا
يحتاج الى الدليل وبعد الدليل اجماعا كان او غيره يكشف عما عدم كون هذا الخيار من
خيار العيب واما الاعتذار المحكى عن كرة بان الخيار هنا انما هو بالقياس الى المدة الباقية
فيكون من قبيل ظهور العيب قبل التصرف ففيه ان التصرف فى بعض المعقود عليه يكفى
فى سقوط خيار العيب اتفاقا على ما ادعاه بعض فلو كان من خيار العيب كان تصرفه فى المنفعة
فى الجملة كافيا فى سقوط خياره بالقياس الى المنافع المستقبلة وبالجملة لم نجد وجها وجيها
موفقا فيها لثبوت الخيار هنا مع التصرف لو كان من خيار العيب الا ان يقال ان التصرف
انما يسقط الخيار اذا كان فى المعقود عليه لا فى غيره وهنا غير متصور فى المنافع لانها
عبارة عن التصرف فى العين فكيف تكون متصرفا فيها بل المتصرف فيها هى العين فهو كما
العيب النقص مختص بالبيع لا لعدم الدليل فى غيره بل لعدم تصور الموضوع الا فيه فلنعم
وثالثها ان العيب فى المنفعة غير معقول لانه على ما عرفه به فى باب البيع هو الزيادة
او النقص عن الخلقة الاصلية وهذا من خصايص الاعيان التى لها بحسب خلقتها الاصلية
اقتضا قد تتخلف عنها فى الوجودات الخارجية واما المنافع فليس لها خلقة اصلية حتى
يتصور فيها الزيادة بل والنقصان بل هى مختلفة باختلاف مقاماتها فيراد تكون
لمحل هذه خلقة اصلية يلاحظ الزيادة والنقصان بالقياس اليها نقول هذه الدابة
الاعمى مثلا معيوبة لنقصانها من خلقتها الاصلية ولا تقولوا ان منفعتها معيوبة

نهاية تحقيقات شيخ الامة رفع الله مقامه [illegible] توفيقهم ق

لنقصانها

لنقصانها

او المنفعة عن خلقتها الاصلية ودعوى ان نقصان العين يكفى فى تحقق العيب فى المنفعة
منها انما يتم لو كان بين نقصان العين ونقصان المنفعة ملازمة وليس كك اذ قد يكون
منفعة العين المعيوبة احسن واجود من منفعة العين الصحيحة التامة الاجزاء
كما يشاهد بالعيان فى سير الدواب اذ لكل دابة كيفية خاصة فى السير من الجودة والردائة
ومن هنا نمنع خيار العيب فى البيع ايضا اذا كان الثمن منفعة كما يثبت فى الاجارة اذا كان
فى الاجرة فعدم الارش هنا ليس لاختصاص دليله بالبيع كما زعم بل لعدم تصور
العيب فى المنافع مطلقا سواء كان فى البيع او فى غيره فلو ثبت فيها خيار لكان من ساير
الخيارات لا من خيار العيب والحاصل ان خيار العيب لا يجرى فى المنافع بعيب
العين لانتفاء موضوع العيب فيها لا لقصور الدليل فلا بد ان يحمل كلمات
الاصحاب هنا على خيار اخر ولا تابى عن ذلك بل فيها قراين تشهد بها وان مرادهم
بالعيب هاهنا النقص دون العيب المصطلح منها التعبير عن المسئلة بظهور العيب فى العين
المستاجرة لا فى المنفعة ومنها اتفاقهم على الارش فى عيب الاجرة واختلافهم هنا
ومنها ذهاب جميع المتقدمين على التمهيد الثانى على ما عزى اليهم بعدم الارش
هنا ومنها تقييد عنوان المسئلة فى المعتمد نفى الخلاف المحكى عن كرة وابن منذر
بما اذا اوجب عيب العين نقصان المنفعة فقال ان العين المستاجرة ان اوجب
نقصانا فى المنفعة كان المستاجر بالخيار فلم يعد عيبا فى المنفعة فلو كان حال
المنفعة كحال العين فى قبول العيب المصطلح لكان عليه التعبير فى المنفعة
بالعيب ايضا كالعين فمرادهم كلا النقص يعنون به انه لو وجد المستاجر نقصانا
فى العين يثبت له الخيار ومما يؤيده ايضا ان خيار العيب الثابت فى باب
البيع لا يتفاوت فيه بين كونه منقصا للقيمة اولا كما لا يخفى مع انك عرفت ظهور
كلام علامة وابن منذر فى اختصاص الخيار هنا بما لو كان عيب العين سببا
لنقصان مالية المنفعة او كمالها فيتعين ان يكون هذا الخيار من خيار تخلف

العيب فى ق[2]

الشرط او خيار آخر مستقل مستند الى نفس العقد[2] لكن الاول مشكل لان غاية
ما يستدل له كما في لك وغيره امران احدهما انصراف العقد الى الصحيح وثانيهما ان
مقصود المتبايعين هو الصحيح فكان كالمشروط وصف الصحة في العقد ويرد على الاول
ان قضية الانصراف فساد العقد لكون المعيب غير معقود عليه كما لو عقد
على الحمار فبان فرسا ودعوى تعدد المطلوب هنا فاسدة لانه لا يتصور
في الجزئي بل مختص بالكلي فانه مع القيد مفهوم مغاير له بعدمه مع ان تعدد
المطلوب انما هو في الحكم التكليفي دون الوضعي ويرد على الثاني انه خلاف ما هو
المسلم عندهم من عدم تأثير غرض العاقد ان غير ~~المطلوب انما هو في الحكم~~ المذكور
في العقد فكيف يكون وصف الصحة بمنزلة الشرط المذكور واي فرق بينه وبين
سائر الاغراض والدواعي التي لا يوجب فقدانها خيارا قلت ولو جعل من خيار الرؤية
لم يرد ما ذكر لان اصل الصحة بمنزلة الرؤية السابقة فالاولى ان يبدل خيار الشرط
بخيار الرؤية ولا ينافيه تمسك الاصحاب في خيار العيب بالنبوي لما فيه من الارش
الذي لا يتم الا بها وقد استدل في اصل الخيار في بابه بما ذكرنا ايضا
حيث جعله هو الفارق بين الصحة وسائر الاوصاف الغير المعتبرة المذكورة في
العقد ثم ان كلام صاحب لك في المقام لا يخلو عن تشويش واضطراب لانه مع
الاستدلال على الخيار بالانصراف ومراعاة غرض المتبايع خالف الاصحاب في
ترجيح الارش وكذا في محكي الروضة حيث ان ظاهر الاستدلال بالانصراف
مراعاة غرض العاقد كون هذا الخيار عنده غير خيار العيب فكيف قال بالارش
مع عدم ثبوته عندهم كلا او جلا في غيره الامر الثاني ان عيب العين قد يكون موجبا
نقصان اجرة المنفعة وقد لا يكون كذلك والقدر المتيقن من الخيار هنا هو الاول
واما الثاني فظاهر المحكي عن كره وابن مندرة كما عرفت حيث اشترطا نقصان المنفعة
مؤيدا ما بالامثلة التي مثلا بها عدم الخيار لكن اطلاق الكتاب وغيره من

[2] كخيار التدليس وسائر الخيارات المذكورة في اللمعة والروضة الزائدة على الخيارات السبعة المعروفة المنصوصة بمثلها صح

قوله بمثلها بناء على كون المعدود في اللمعة اربعة عشر منه زيد عمره
بل ان اما ان ما ان منقولات من شيخنا الاستاد قدس الله روحه اقتضا لبعض النسخ منه طال الله بقاءه
صح

كما هم وصرح غير واحد بثبوته مطلقا واستدلوا عليه بان الصبر مع العيب ضرر سواء اوجب
نقصا في المالية ام لا وفيه ان الصبر على العيب اذا لم يكن سببا لنقصان المالية ولا لنقصان
الانتفاع بان يكون غير لائق بحال المستاجر او منافيا للغرض كرهية اللحوق بالمنزل في
استيجار الدواب او نحو ذلك ليس ضررا مثل ما اذا كان العبد المستاجر خصيا الاولى ان يثبتا
الاطلاق في ما مر من وجوه الخيار هنا فلو كان من خيار العيب او الشرط او الرؤية يثبت مطلقا
والا اختص بما اذا اوجب نقصا ماليا او حاليا والاول هو نقصان المنفعة والثاني
هو نقصان الاصل الانتفاع ومعرفة عوض المستاجر مع عدم التفاوت عند الناس
اجرة ولا دخيرة بين منفعة المعيبة وغيرها الثالث ان العيب اذا كان سابقا على العقد
فلا اشكال في ثبوت الخيار وكذا لو كان حادثا بعد العقد في يد البائع قبل القبض على
ما صرح به غير واحد في بابه بل لم نعثر ولا نقل خلافه في جواز الرد وان اختلفوا في
الامساك مع الارش بين قولين والمشهور بين المتأخرين بل عن المدعوى الشهرة بقول
مطلق من غير تقييد بالمتأخرين استحقاق الارش ايضا والدليل على الرد قاعدة نفي الضرر
والملاقات اخبار الرد بالعيب وخصوص قاعدة قبل القبض وفي الكل نظر لان الضرر المنفي
انما هو الضرر الناشي من العقد وهو الضرر انما جاء من عدم نقل الى سلامة المعقود عليه حين
تعلق العقد عليه وحدوث العيب بعده في ملك المشتري فلا موجب لكونه مضمونا على
البائع والملاقات اخبار الرد بالعيب غير ظاهر الشمول للعيب الحادث بعده واما قاعدة
ما ورد عليها ان مقتضاها الانفساخ دون الخيار واجيب بالمنع لان مقتضاه كون
التلف من مال البائع دون الانفساخ وانما يتوقف عليه الانفساخ اذا كان التالف
نفس المبيع اذ لا معنى لكونه من مال البائع حينئذ سواه واما اذا كان التالف جزءا او وصفا
فمقتضا الخيار فيما بقي دون الانفساخ لان معنى كون التلف من ملك العوض سبقه على
العقد وانه وحال كون المبيع او جزئه ~~او وصفه~~ او وصفه تالفا في ملك البائع قبل رد
المعوض بحكم النص والاجماع اقتضاء العيب السابق[2] حقيقة فكذا ما كان بمنزلته حكما

[2] على العقد الخيار ومن هنا حكموا بجواز الامساك مع الارش ايضا نظرا الى كونه من احكام العيب السابق
صح

لقاعدة التلف وان كان فيه خلاف واشكال الا ان اصل الخيار في الرد والامساك مجانا
لا خلاف فيه ولا اشكال هذا حكم العيب في البيع واما ما نحن فيه فان كان خياره خيار العيب
فيأتي فيه ما عرفت الا انك عرفت ان المنفعة مطلقا في البيع والاجارة لا يتصور فيها العيب
ان كان خيارا مستقلا مستندا الى قاعدة لا ضرر فقد ظهر ما فيه من الاشكال بل المنع
لان الضرر الحادث بعد العقد سواء كان قبل القبض او بعده ضرر خارجي طرء في ملك
المنتقل اليه فلا وجه لجبره بالخيار وان كان خيار تخلف الشرط او الوصف ففيه اشكال
ينشأ من قاعدة التلف قبل القبض بالتقريب المشار اليه ومن ان الوصف غير داخل في المعقود
عليه لانه امر خارجي وان اقتضى فواته الخيار ولم اجد نصا من الاصحاب فيه وانما من جوابه
فقدان وصف الصحة اعني العيب الحادث قبل القبض بمنزلة فقدانه قبل العقد واما الحاقه
ونحوها من الاوصاف التي يوجب تخلفها الخيار الملحوظ او الملحوظة فيه في مثل البيع
في عدم الفرق فيه بين قبل القبض وقبل العقد فلا يحضرني تصريح منهم فيها ومنه يعرف
ما فيه من الاشكال هنا ولو حدث العيب بعد القبض فلا اشكال ولا خلاف في باب
البيع انه يمنع من الرد لكن في المقام صرح العلامة وغيره قدس اسرارهم بالخيار ولو
تصرف المستأجر وظهر له العيب بعده وتقدم مضى الوجه الذي ذكروها فيما بين المقام
كما مضى ضعف الحمل الى الوجه الذي ذكرناه الا ان التحقيق ما عرفت من عدم
كون هذا الخيار خيار العيب فيتجه ما ذكروه من عدم سقوطه بتصرف المستأجر لان
سقوط الخيارات بالتصرف غير خيار العيب يتوقف على كشفه عن الرضا بالفاقد
والالتزام بالعقد والا فلا يكون مسقطا وكونه مسقطا مطلقا او من غير كشفه عن
الامضاء مختص بخيار العيب على الحكم ثابت بالاجماع والاخبار ففي المقام يرجع الى
القاعدة ومقتضاها بقاء الخيار وعدم سقوطه باستيفاء بعض المنفعة
لان لزوم العقد مزاحم للمستأجر بالقياس الى المنفعة الباقية ودعوى انه ضرر حدث
في ملكه في تلك المدة حتى يتخير الخيار مدفوعة بقاعدة التلف قبل القبض القاضية

بالانفساخ جميعا

بالانفساخ جميعا مقتضاه لكن هذا مبني على جريانها في سائر الاوصاف وعدم اختصاصها
بوصف الصحة وقد عرفت الاشكال فيه ولا يبعد عدم الاختصاص وجريان قاعدة التلف
تلفاهي التلف فيما لم تكن مضمونة كون نقص المنفعة في نفس المعقود عليه بخلاف التجارة المشروطة مثلا
فانها ليست داخلة فيه بل هي امر خارجي الحق بالشرط واما النقص الحاصل بعد القبض لا قبله
ففيه ان التصرف في بعض المنفعة ليس قبضا للباقي وحاصل تحقيق المقام ان مقتضى قاعدة
التلف قبل القبض كون التلف من مال الناقل سواء تعلق بنفس المعقود عليه او بجزئه او
بوصفه ونقصان المنفعة قبل القبض تلف الجزء المنفعة المعقود عليها وليس تخلف
الشرط فنقصان المنفعة بنقصان العين يشارك نقصان العين في البيع من جهة وفيهما
ما فيه من حيث ان كمال المنفعة داخل في المعقود عليه كدخول وصف الصحة في المبيع
جرى فيها قاعدة التلف اذا كان النقص قبل القبض كجريانها في وصف الصحة فيشاركه
ومن حيث ان التصرف لا يسقط الخيار الذي اقتضاها النقصان مطلقا بل مع كشفه عن الرضا
كما عرفت فارق نقصان العين في البيع الذي يسقط خيار العيب مطلقا كل ذلك بعد البناء
على كون كمال المنفعة نظير وصف الصحة داخلا في المعقود عليه مع عدم صدق العيب عليه
عرفا في النقص منه شيء وكيف كان ففيما ذكروه من عدم سقوط الخيار هنا بتصرف المستأجر
تخيره في المنفعة الباقية لنقصانها واما المنفعة الماضية المستوفاة الكاملة فان كان
الخيار في المقام خيار العيب ثبت فيهما لان عيب بعض المعقود عليه يكفي في جواز
رد الكل كما اذا كان احد العبدين معيبا وانه من صححها اذا بيعا صفقة وان
كان غيره ثبت الحكم للتبعض هذا ما يقتضيه القاعدة الا ان ظاهرهم الاتفاق
على عدم الخيار فيها نظرا الى تلف العين المستأجرة في اثناء المدة فان العقد ينفسخ
في المدة الباقية واما الماضية فلا بل للموجر ما يخصها من المسمى بعد التوزيع ودعاوى
خروجها عن القاعدة فيها بعدم تعقل الفسخ فيما مضى لانعدامه بين استيفائه فلا
عبارة مضى لاشتغاله بالفسخ ثانيا الى الموجر ان المعدوم غير قابل للنقل والاشتغال بخلاف

فانها موجودة بعد الفسخ فلا مانع من عودها الى ملك الناقل ثانيا بعد الفسخ اذا قام الدليل عليه وفيه النقض بالعين فانها قبل الفسخ كانت ملكا للمنتقل اليه ورجوعها الى ملك الناقل فى زمان المتخلل بين العقد والفسخ امر غير معقول لكن لما قام الدليل الشرعى حملناه على الرجوع الحكمى ومعناه الالتزام بعد بعدم وقوع العقد راسا والمنافع المستوفاة والتالفات حال وجودها ملكا للمستاجر فلا يمكن تعقل عودها الى ملك الموجر لا بعنوان التنزيل الا انه عند قيام الدليل الشرعى يجب الالتزام به فيكون ملكا حكميا للموجر ومعناه استحقاقه اجرة المثل على المستاجر لا الاجرة المسماة بالنسبة الى هذه المدة فلا يبعد ما فى بعض تقريرات بعض شيخنا دام ظله من ان الفسخ طار (؟) على المقرر لان الفسخ لا يوثر فى الوقت السابق بل اللاحق عن زمان الفسخ ولذا يكون النماء المتخلل ملكا للمنتقل اليه بل وكذلك الانفساخ بالتلف قبل القبض فانه من حين التلف لا من حين العقد فكيف ... اسمعنا ... الصواب النقض والتنظير بالاجارة فى عقد الفضولى من القول بالكشف الحكمى لاستحالة الكشف الحقيقى عندهم فان المعقود عليه كان ملكا للاصيل قبل الاجازة وبعدها يصير ملكا للفضول من زمان العقد ولا يعقل هذا الا بضرب من التنزيل الشرعى الذى يرجع الى الكشف الحكمى وكذا الحال فى المنافع المستوفاة بعد ما مدة ... الفسخ بالقياس اليها والحكم ينتقض التوجيه بالفسخ بعد تلف العين على القول به كما لعله المشهور لانها بعد التلف كيف يصير ملكا للناقل العاقد مع ان الملكية تستدعى محلا موجودا ومحل المشترى هو محل الفسخ بعد التلف فهنا حكميا راجعا الى تنزيل التالف منزلة العين الباقية بعينها فلكون معنى الحكم فى المنافع المستوفاة ايضا تنزيلها منزلة الموجود ومنه يظهر فساد الفرق بين الاعيان والمنافع بان الزمان فى المنافع جزء مقوم منصرم فلا يعقل عوض ملكية المنافع المستوفاة المنصرمة بخلافه فى الاعيان فانه ظرف محض ولا يقدح انصرامه فى تنزيل العين المعدومة منزلة الموجودة وجه الظهور ان النقض انما هو بالقياس الى العين الهالكة لا الباقية حتى

بمنزلة

١٣٤١

لا ينافى انصرام الزمان لبقائها وانما الحاصل ان هذا الاشكال الى الان غير منقدح ولا ينبغى ان تكون تمليك المنافع فى الاجارة بمنزلة تمليكات واجارات مستقلة على ملاف (؟) بيع الشئ او الشيئين صفقة فانه تمليك واحد وان انحل بعد التحليل العقلى الى تمليكات عديدة ويجرى فيه احكام تبعض الصفقة الا انه لا ينافى وحدة الصفقة بخلاف المنافع فانها باعتبار الساعات والايام والاسبوع والشهور والسنين امور متفرقة متمايزة لا يحصل بسبب وحدة الصيغة فيها وحدة الصفقة فان تم ذلك انحسم الاشكال وظهر الفرق بين الاعيان والمنافع كما يظهر بالتامل فيه فيتغير الحكم ما نقلنا عنهم من عدم سقوط الارش بالتصرف واستيفاء بعض المنفعة فانه بمنزلة التصرف فى احد الاجارتين بالنسبة الى الاخرى هذا بعض ما يتعلق بالحكم الاول وهو اصل الخيار واما الخيار واما الحكم الثانى اعنى عدم ثبوت الارش فمقتضاه الكون اعنى ثبت الحكم بالارش انهم فى مباحث ... اذا نقص الزرع لقلة الماء بحيث لا يكفى لزرع الكفاية اتفقوا ... النظر فى الروضة ان العقد جرى على المجموع وهو باق فاما الفسخ او الرضا بالجميع ومن ان الجزء الفائت او الوصف مقصود للمستاجر ولم يحصل وهو يستلزم نقص المنفعة التى هى احد العوضين فلا يكون الاخر مستحقا بكماله فيجبر بالارش اختاره فى المسالك ... على الوجه الثانى فاستوجب به ثبوت الارش وانت خبير بان مقتضاه ثبوته فى تخلف الاوصاف والشروط المذكورة فى العقد ايضا بل هو اولى بتوزيع الثمن عليها الوكر ... ملاو ... الحكم فى الجمل نعم لهم خلاف فى موضعين احدهما ثبوت الارش فى الجزء الذى لا يوزع عليه الثمن كيد العبد وهنيهة ثانيهما فى الوصف الزائد على ذات الحقيقة كما ... ارضا او ثوبا او غيرهما ان يكون ... اذرع فبان اربعة بناء على كونه من باب الشرط كما نحو ... فى مثل الكتابة والصناعة ... فلا يجرى به ... ولا دليل عليه الا فى خصوص العيب والحاق غيره به قياس فيرجع فيما عداه الى

هنا بيين انه الفاقات من الاصحاب الى زمان الشهيد الثانى فتردد فيه ثم تبعه اى تردده الامر يلى من اللمع والنظر الشهيد فى محكى الشرح والمحقق الثانى فى جامع بل ربما يعد و ... انه يابى ان الاصح ثبوت الارش
صح

الاصل ان يقول ان الوصف مقصود لم يحصل فنقص ما بازائه من الثمن او الاجرة كما
قال وفيه كلام اما اولا فبان مجرد القصد من غير ان يذكر في المقصود في العقد لا
يوجب الخيار فكيف عن الارش وثانيا بان مقتضاه استحقاق المشترى او
المستاجر ما يتدارك به النقصان من عين الثمن او الاجرة مع ان الارش ليس كذلك بل
انما يستحق به تدارك نقصان المالية سواء كان من عينه او من مال اخر ولهذا
قالوا ان الارش مخالف للقاعدة مطلقا حتى في العيب حيث ان وصف الصحة ان
كان بمنزلة الجزء لزم استحقاق المشترى من عين الثمن كما لو تبعض الصفقة لا بدله
مطلقا وان كان بمنزلة الوصف المذكور لم يقتض سوى الخيار بين الرد والامساك المجاني
تدارك جبرا للضرر فالتخيير بين الرد والامساك مع الارش شىء مخالف للقواعد ثابت بالنص
في خصوص العيب هذا وقد يوجه الارش هنا بان نقصان المنفعة بنقصان العيب وان
لم يكن عيبا في المنفعة كما عرفت لكنه ليس كتخلف الوصف الموجب للخيار المجاني بل هو
في الحقيقة فوت جزء المعقود عليه لا وصفه بناء على كون نقصان المنفعة تبعا مثل
نقصانها كما الذى لا اشكال فيه في رجوع ما يقابله من الاجرة الى المستاجر كما لو تلف
عاوض التسليم فيسمى العوض ارشا بل هو التوزيع مع اشتغال بعض المعقود عليه وهو
سهم امر المحتمل قويا انه من اراد من الارش ... لا الارش المصطلح واما
الثالث وهو مفاد قوله ولو كان العيب مما يفوت به بعض المنفعة فهو بمنزله
محل مشكل بل ممنوع لان فوت بعضها كانهدام بعض بيوت الدار تلف لبعض
المعقود عليه فكيف يستحق الموجر تمام الاجرة بعوض اختيار المستاجر الامساك
بل توزع الاجرة ويرد اليه ما يقابل منها المتالف لذا انه لم يسم عند رشا فالظاهر
ان المراد به هو النقصان الحكمي دون الكمي كما صرح غير واحد فيجب الحكم بعدم سقوط
شىء من الاجرة حينئذ هنا ثم ان الاحكام المذكورة اعلم انما اذا كانت الاجرة
عينا خارجية وان كانت كليا مضمونا وظهر المقبوض نقص او عيب فعلى

الموجر عنه

الموجر الابدال ولا خيار للمستاجر فان امتنع ولم يمكن اجباره كان كالو امتنع من
التسليم ... وقد مضى في الاجزاء السابقة بثبوت خيار تعذر التسليم في المقام وان
كان التسليم لاشتراط ... وهو نفى الضرر فان تعذر الابدال لا للامتناع بل
لعدم الوجود فللمستاجر الخيار بين الرد والصبر الى زمان التمكن وبين الامساك
والرضا به معيبا وفي ثبوت الارش هنا كلام مضى في اوائل الباب في مسئلة ظهور
العيب في الاجرة فان المسئلتان من واد واحد فليراجع ما تقدم هناك المسئلة
الثانية اذا تعدى المستاجر في العين المستاجرة ضمن قيمتها وقت العدوان كما عن
عدة ... والايضاح وجامع المقاصد والروضة ومعنى الضمانة تعين القيمة بوقت العدوان
بقرينة ما ذكروه في المقبوض بالبيع الفاسد فانه قال فيه يضمن قيمته يوم القبض
وينبغي ضمان اعلى القيم الى التلف وفي الجواهر هنا ان المراد هنا ضمانه من حين التعدى
لا ضمان قيمته حينئذ وفيه ما عرفت ان حمل كلامه عليه في البيع الفاسد وهو خلاف
ما فهمه هو به هنا مع ان الشرط قيد للجزاء فظهورها في ضمانه حين التعدى
مستفاد من نفس الشرط فلا حاجة الى اضافة وقت العدوان سوى الاستدلال
الذى يأباه عن المتقدم خصوصا فهم بعض المعروف بحسن الكلام ثم ان ما اسناه
هنا وان كان موافقا لما اسناه في المقبوض بالبيع الفاسد فهو مخالف لما
استحسنه في باب الغصب من ضمان اعلى القيم وهذه المسئلة من جزئيات ضمان
المقبوض المغصوب القيمى ومختاره هنا احد الاقوال في المسئلة وفيها اقوال
اخر وتحقيق الحال فيها هو ان المغصوب ان كان مثليا فلا خلاف في ضمانه بالمثل
مع الامكان وبالقيمة مع الاعواز وان كان قيميا ففي ضمانها بالمثل او بالقيمة
خلاف ضعيف منسوب الى المحقق في باب القرض والاسكافي والحلي والمشهور
ضمانه بالقيمة لكن في تعيينها خلاف عظيم ... في فقيه واحد في كتاب واحد في
ابواب متعددة بل العلامة في خصوص باب الغصب تارة نسب اعلى القيم الى ...

مشعر بالتوقف فيه وامرنى قال به من غير تردد وقد عرفت ان المص اختار هنا في
المشترى بالبيع قيمته يوم العدوان او يوم القبض فى البيع او استحسن فى باب الغصب
ضمان اعلى القيم الذى هو مختار الحكم وكذا الشهيد فى المسالك اختار قيمته يوم التلف
فيهما وجه فى باب البيع بضمان باعلى القيم فى محل غصبه ثم ان محل الخلاف ما اذا
كان الشى مثليا بسبب اختلاف الازمنة واما اذا كان باعتبار الاماكن
فقد صرح شيخنا قده بان الظاهر كون المضمون قيمته محل التلف لا غير فلو كان قيمته
فى محل الضمان عشرة وفى محل التلف خمسة وفى محل الرد ثلاثة تعين اعتبار
محل التلف لان ماليته الشى تختلف بحسب الاماكن وتدارکه بحسب ماليته
قلت اشتراك المالية باختلاف الاماكن غير قادح باعتبار محل الضمان لا بضمان
محل الغصب او اعتبار اقل القيم للاصل او اعلاها لان المالك كان قادرا على
تحصيلها فى المسئلة واشكال واشكل منها ما لو لم يكن محل الضمان علاوة للقيمة
راسا كما لو غصب فغلا فى حسنة اوقب البلدان او محل التلف او بلد المالك
او اقل القيم او اعلاها وجوه نعم لو كان اعتبار يوم الغصب لاجل الرواية تعين
تعيين يوم التلف وكيف كان فقد صرح غير واحد بان الاختلاف الناشى عن نقص
العين ونقصانها الظاهر خارج عن محل النزاع وانها مضمونة على الغاصب قطعا
بين العدوان او بين النقص او على القيم مع الخلاف فى تلف العين ولو زاد
ثم نقص فمقتضى القاعدة ضمان الزيادتين الا ان الزيادة الثانية هى
الزيادة الاولى عرفا كالواهى الحيوان بعد موته فيتبع الكلام فان العائد هى
الذاهب او غيره هذا ويظهر من الك فى البيع دخول هذا النقص فى محل النزاع حيث
رجح القول باعلى القيم ثم قال متوهما ان يكون التفاوت بسبب نقص فى عين او زيادة
فلو كان باختلاف السوق لم يضمن واعتبر قيمتها يوم التلف لان الظاهر الاستثناء
الاتصال وكيفكان فالوجوه او الاقوال فى المسئلة اربعة او خمسة وانما يمكن

ارجاع بعضها

ارجاع بعضها الى بعض احدها قيمته يوم العدوان كما عن المقنعة والمراسم وموضع من
والنهاية والنافع وكشف الرموز وغصب التحرير وعن التحرير انه قال اكثر وفى
الدروس نسبته الى الرواية وعن انه الاشهر وثانيها اعلى القيم من يوم الغصب الى يوم
التلف كما عن موضعين من المبسوط وفى ولد والغنية والسرائر والايضاح واللمعة و
وشرحه مع اشكال وكذا شرح الغرر للارشاد ونهاية الحكم فى محل الكتابة
وغصب التذكرة وفى محل الوضع عن الوحيد المولى البهبهانى اختياره وبغاه فى
محل المختلف الى الاشهر وعن بعض نسبته الى علمائنا وقد عرفت استحسان المص فى
غصب الكتاب وثالثها قيمته يوم التلف كما عن القاضى والشهيد والشيخ وجامع
المقاصد ومجمع البرهان وعن بعض نسبته الى الاكثر مع ان المحكى عن ظاهر النافع
انه ليس قوله فى المسئلة كما هو ظاهر المحقق اهتمه المسئلة عن القولين
الاولين ولم يذكر هذا لا فى الاجارة ولا فى البيع ولا فى باب الغصب وفى
مفتاح الكرامة نسبته الى القواعد ولم اجده فيه فى شى من الابواب المذكورة بل فى
باب الغصب نسبه الى الخلاف فى المسئلة فى ثلثة مواضع مقتصرا على القولين الاولين
مترددا فيهما فى موضعين منها قائلا بالقول الثانى فى الموضع الثالث وهو الظاهر
فيه لعدم كونه قولا لاحد قبل الفاضلين وفى جواهر الكلام نسبته الى جملة من
كتب الفاضل ولم اجده فى قواعده ولا فى ارشاده ونسبه الى الشهيد ايضا والمحكى عن
اللمعة اختيار القول الثانى كما عرفت ولعل حيرة الدروس والمجيبا نزلته نسبه
فى كتاب واحد ببعض القول الاول الى الشهرة وهذا القول الى الاكثر والجمع
بينهما وان امكن بملاحظة حال المتقدمين عليه والمعاصرين له لكنه بعيد بل
لا وجه اصلا على فرض صحة النسبة نعم لا منافاة فى الجمع بين نسبته الى والفاضل
القول الثانى الى الاكثر علمائنا وبين نسبة الشهيدين هذا القول الى ... بماذ
ويتبعها اعلى القيم من حين العدوان الى حين دفع القيمة كما نسب فى اعلى

ولنق

ولعل قوله الاظهر التوقف والتردد كما في كتاب الغصب حيث قال فيه لا عبرة بزيادة القيمة
ونقصانها بعد التلف على تردد وعن الايضاح انه هذا القول في المثلي حيث
تبدلها بالقيمة للاعواز وستعرف ان الدليل واحد وخامسها اعتبار قيمة يوم البيع
الفاسد فيما [illegible] عن [illegible] التقويض الحكم المشتري كما عن [illegible] والمفيد والحلي و
هو [illegible] المفيد كما عرفت ونسبته [illegible] الى [illegible] ويمكن
رفع المنافاة الاولى بارادة يوم القبض من يوم البيع لاتحادهما غالبا والمنافاة الثانية
بحالها وسادسها ما عن الوسيلة في عدوان المستاجر من التفصيل بين التعدي والتفريط
ففي الاول اكثر القيم من يوم التلف وفي الثاني قيمته يوم التلف والظاهر ان المراد بالاول
هو الاعلى من يوم العدوان الى يوم التلف لا الاعلى من يوم التلف الى يوم رد القيمة و
استدل على هذه الاقوال بوجوه اعتبارية [illegible] على بعضها [illegible] بدلالة بينة
فاستدل على الاول كما [illegible] بان يوم العدوان اول زمان دخول العين في ضمان الغاصب
عليه دفع قيمته ذلك اليوم لان معنى الضمان وجوب دفع القيمة دون التكليف برد
العين [illegible] لانه ليس من الوضع ورد بان دخوله في ضمانه في ذلك الوقت يتضمن
[illegible] مرتبين وجوب رد العين [illegible] وجودها ووجوب قيمتها معلقا على التلف
[illegible] والحكم المتعلق بدفع القيمة غير منجز [illegible] لو كان [illegible] منجزا [illegible] يستدل لذلك
تعين ان الذي يجب على الغاصب هو دفع تلك القيمة وليس كذلك وربما استدل عليه
بصحيحة [illegible] بدلالة [illegible] وليس بعيد عن الصواب في الغاية [illegible] ثم
وفي [illegible] ان العين [illegible] مضمون في جميع [illegible] التي [illegible] الحالة [illegible]
فكذا بعدها واورد عليه بانه ان اريد به ضمانها على تقدير التلف فلم لكنه
لا يجدي له شيئا المعلق عليه وان اريد به ضمانها [illegible]
ذلك الزمان [illegible] مخالف [illegible] على عدم ضمان ارتفاع القيمة مع رد العين وان
اريد به ضمانها بشرط التلف فيما ان يكون التلف المتاخر شرطا لاستقرار القيمة

العليا

العليا في زمان [illegible] وان كان ممكنا الا انه مدفوع باصالة البراءة عن الزائد ثم ان هذا
الاستدلال لو تم لا يثبت القول الاول فيلزم من صحته فساده الا ان يدعى تبدل
حكم كل حالة الى حكم الحالة المتاخرة وهو مناف لقول المستدل فكذا بعدها و[illegible]
بصحة القول الثالث [illegible] نعرض المستدل وزيادة وهو [illegible] بطلان القول
الاول انتهى فافهم وثانيها ما وجه به الاستاد قده الاستدلال المذكور وجعله معنى
قول العلامة قده في التحرير [illegible] ويمكن توجيه الاستدلال المتقدم عن كون
العين مضمونة في جميع تلك الازمنة بان العين اذا ارتفعت قيمتها في زمان صار
ماليتها متقومة بتلك القيمة [illegible] القيمة [illegible] بينها
وبين المالك وازيل يده عنها اذ [illegible] مع عدم التمكن بين ان تتلف او تبقى ثم ان
ردت تتدارك تلك المالية بنفس العين وارتفاع القيمة لقيمة السوقية امر
اعتباري لا يضمن بنفسه لعدم كونه مالا وانما هو مقوم لمالية المال وبه تميز
الاموال قلة وكثرة والحاصل ان للعين في كل زمان من ازمنة تفاوت قيمتها
مرتبة من المالية ازيلت يد المالك منها وانقطع سلطنته عنها فان ردت العين
فلا مال سواها يضمن وان تلفت استقرت اعلى تلك المراتب عليه لدخول الادنى
تحت الاعلى نظير ما لو فرض العين متاع متفاوتة متضادة حيث يضمن الاعلى منها
ولاجل ذلك استدل العلامة في التحرير للقول باعتبار يوم الغصب بقوله
لانه زمان ازالة يد المالك ونقول في توضيح كلامه ان كل زمان من ازمنة
الغصب قد ازيلت يد المالك عن العين على حسب ماليته ففي زمان ازيلت من مقدار
درهم وفي اخر من درهمين وفي ثالث من ثلثة واذا استمرت الازالة الى زمان
التلف وجبت غرامة اكثرها انتهى ما افاده [illegible] ما افاده [illegible]
وجهه انه تفاوت مقدار مالية العين انما هو بالصفات الكائنة فيها [illegible]
باختلافها [illegible] مراتب في الزيادة والنقصان انما [illegible] من [illegible] القيمة السوقية

الناشئ من اختلاف الرغبات لا عبرة بها فالذي اريد منه بدل المال هو العين بالواحد
وان تتفاوت قيمتها باختلاف الازمنة ولذا لا يجب على الغاصب مع رد العين شيء
وان تنزلت قيمتها فلو كان ماليتها فيكل زمان مغايرة لماليتها في زمان اخر
متباينة او متفاوتة لم يكن وجه لعدم تدارك ارتفاع القيمة ولا معنا للاكتفاء
برد العين مع تنزل القيمة وكون ارتفاع القيمة امرا اعتباريا ان اريد به عدم
التاثير في ماليته [illegible] يد المالك عن ماله [illegible] سلب استقلاله
المالية عنده [illegible] اثر في مالية العين [illegible] لا واقعية له ولو سلم
عدم الاستقلال بالمعنى المذكور عدم الاستقلال في دخوله وخروجه عن يد المالك
الا ترى انه لو حبس صاحب المال [illegible] بيده [illegible] مال
هنا فان حبس المال او حبس المالك سيان في ذلك الا ترى ان المنفعة المستقلة
امر اعتباري وسبب لمالية العين مع كونها مالا مستقلا هذا والتحقيق ان مالية العين
ليست بالقيمة بل بالصفات المقصودة الموجودة فيها والمنافع والاغراض الحاصلة
منها نعم [illegible] الشيء
بحيث ينتفع به ويبدله وهذا تعريف اني باللازم فالقيمة مسببة ومعلولة للمالية
لا انها مقومة وسبب لمالية الاشياء كما هو مبنى التوجيه فالتوجيه والتحقيق متعاكسان
ومبنى التوجيه على قياس القيمة بالمنافع والصفات المقصودة والخلط وتوهم التساوي
بينها وليس كذلك كما لا يخفى والحاصل ان قيمة الشيء تختلف باختلاف رغبات الناس
في الاعصار والامصار والاسواق والمالية هو له تختلف بما يقابل له مقدار من المالية
بملاحظة ما [illegible] من المنافع لا يزيد ولا ينقص الا بنقصان منافعه ولو بحسب العصور
والاشخاص وسائر الحالات فاذا حيل بين المالك وبين القيمة فقد صار سببا لعدم
انتفاعه بتحصيل عوض عن الكسر مال جديد لا انه ازال يد المالك فضلا عن ماليته
[illegible] مزيد بيان لكن للتعرض منع [illegible] لا مزيد في المقام وهذا هو الراجح فتامل

الاصحاب

الاصحاب
كلام او جلاء على ان منع المالك عن الوصول الى بدل ماله ليس اتلافا لماله وان الغاصب
ليس عليه سوى رد العين ولو في زمان او مكان لا يرغب فيه احد ولا يحصل للمالك
انتفاع ببدله منه فظهر مما ذكرنا ان الموجه والتوجيه كلاهما مشتركان في الضعف والقول
[illegible] ما عن الاستاذ البهبهاني قده في محكي الرياض من التمسك بقاعدة نفي الضرر لان عدم
تمكين المالك من العين حين ارتفاع قيمتها ضرر عليه وتفويت لتلك القيمة العليا
واجاب عنها غير واحد ممن تاخر عنه بالاجماع ومخالفته لطريقة الاصحاب على عدم
عده وعد امثاله من الضرر المنفي حتى لو اراد المالك بيع ماله بقيمة عالية وحصل
المشتري ومنعه مانع لم يكن سوى الاثم لكن في مفتاح الكرامة بعد نقله الاستدلال
بالقاعدة عن الاستاد ورده بمخالفة الاصحاب استثنى الصورة المذكورة وادعى
المغايرة بينها وبين [illegible] والحق [illegible] في الجواهر من عدم الضمان مطلقا حتى في تلك
الصورة لما عرفت انفا من عدم كون عوض المال مالا فعليا وان امكن ان يصير
مالا له بالقوة سواء كان العوض قيمة سوقية او عوضا مسمى والترتب ان حصول
القيمة او غيرها للمالك موقوف على امر خارج عن ماله [illegible] والضرر المعدات
الموقوفة على رغبات الباذلين له [illegible] فكيف على [illegible] الاصوليون [illegible]
كما [illegible] بان الغاصب ماخوذ باشق احواله واجيب بانه ليس في رواياتنا ولا في
اصولنا ما ينص عليه بالنسبة الى الغرامة [illegible] في مقام رد العين فانه الذي يجب
عليه ولو بلغ الانفس وبذل اضعاف من المال المغصوب وعن الكركي الاستدلال
[illegible] ولما لا اثبته [illegible] بين [illegible]
[illegible] قوله قيمته يوم [illegible] قلت هذا [illegible] بالمعنى الا ان [illegible]
في مقام التعليق وبيان ابتداء ما عليه من القيمة [illegible] الحدث [illegible] الغاصب
من يوم المخالفة الى يوم التلف في ضمان المغصوب فيرجع الى الوجه الذي
استندوا به على هذا القول وقيل اطلقهم فهم ذلك من [illegible] او [illegible] صاحب [illegible]

بشهود يشهدون ان قيمة البغل حين الكرى كذا وكذا فيلزمك وهذا اشد خفاء من
سابقه الا ان يفسر يوم الاكتراء بيوم العدوان كما فعلوه لاتحادهما عادة في مورد
الرواية فيرجع الى ما ذكر ولا يكون وجها اخر على ضمان المثلي الذي يتدارك بالقيمة
عند الاعواز باعلى القيم والذي يختلج بالبال في توجيه الاستدلال ان الجملة هو ان
نوقفه يوم [illegible] اما متعلق بالقيمة وقيد لها كما [illegible] القول بقيمة يوم
الغصب او متعلق بيلزم المدلول عليه بقوله نعم كما هو مقتضى القول بقيمة يوم
التلف وتقييد [illegible] على ما يأتي اثم وعلى [illegible] يكون الواجب على
الغاصب دفع اعلى القيم اما على الاول فلان كل يوم من ايام الغصب يوم المخالفة
فيجب على الغاصب دفع قيمة كل يوم لكونه من ايام المخالفة وبعد تنافي القيم وسقوط
الزائد للاجماع على عدم وجوب دفع الازيد من قيمة واحدة يتعين اعلى القيم منضما
الى حكم العقل بان عوض المال لا يكون الا واحدا وليس فيه دلالة على خصوص
قيمة اول ايام المخالفة [illegible] فمن الواضح سقوطه [illegible] الخصوصية بتنقيح المناط
القطع [illegible] الثاني فهو بالدلالة [illegible] يدل على ضمان القيمة بسبب [illegible]
المخالفة [illegible] من غير اشتراط بالتلف [illegible] انه مخالف للاجماع على وجوب
رد العين حين وجودها وعدم وجوب الغرامة مدفوعة بعد المسامحة عليها
بانه اعم من اشتراط الغرامة وتعليق وجوبها على التلف لجواز ان يكون التلف
مسقطا لها لا شرطا لثبوتها او يكون شرطا لاستقرار ملك المالك للقيمة كرد
العين في ضمان الحيلولة فالامر بعد ملاحظة الاجماع المشار اليه بين ثلاث
احدها ان يكون وجوب دفع القيمة مشروطا بالتلف بان يكون تكليف الغاصب
مع وجود العين ردها معينا ويكون الضمان الذي هو صريح قوله ع عليه معلقا
على التلف كما يقولون وثانيها ان يكون التلف شرطا لاستقراره وتعيينه بان يكون
الحكم الثابت من الشرع قبله احد امرين اما رد العين المستفاد من العقل وقوله ع

١٦٦

على اليد دون الرواية الواردة في المقام اذ لا تعرض فيها لوجوب رد العين اصلا وانما هو معلوم
من الخارج ودفع القيمة للحيلولة الفعلية في كل آن من يوم المخالفة الى يوم التلف ولا
استحالة في الجمع بين التكليفين لان وجوب دفع القيمة مشروط بالحيلولة فلا ينافي
وجوب رد العين فيهما كما لو نذر المكث في المسجد فحصل المانع عن [illegible] ونحوها
عن دخوله فانه يجب عليه ترك الدخول فعلا حال الجنابة والدخول بشرط عدمها
فالغاصب يجب عليه فعلا في جميع زمان الغصب دفع القيمة حال الحيلولة ويجب عليه
رد العين بشرط عدمها فافهم ودعوى اختصاص بدل الحيلولة بصورة تعذر
رد العين محل المنع لان ضمان الحيلولة انما كان لما يباشر [illegible] فلم لا يجوز اجراؤها
مع بقاء العين ولا المانع منه سوى استحالة الجمع بين التكليفين فاذا كان على الوجه
المذكور ارتفع المانع والحاصل ان في باب الغصب قاعدتين مسلمتين كل واحدة
منهما في مورد احديهما وجوب رد العين المغصوبة مع الامكان وثانيتهما وجوب
الغرامة ودفع قيمتها مع التعذر سواء كان العين هالكة او باقية ويسمى هذه
بدل الحيلولة والمستند فيها قاعدة على اليد لا النص الخاص وليستها في محلها عند
عدم امكان رد العين نظرا الى ان حقيقة الرد انما تحصل برد العين فلا يصار الى
دفع البدل من غير دليل لكن فيه ان الامر كذلك لو خلينا والقاعدة الاولية
المطابقة للاصل ولا مانع من ان يكون [illegible] يجب على الغاصب الغرامة للحيلولة
القابلة فاذا امكن ذلك واقتضاه اطلاق الرواية فلا مانع من الحمل عليها وثالثها
ان يكون مسقطا للتكليف بالغرامة فيكون تعذر رد العين شرطا لاستقرار ملك
المالك للقيمة وهذا ايضا امر جائز فاذا جاز الامور الثلثة فمقتضى [illegible] في
قوله ع نعم قيمة بغل يوم خالفته وعدم تعليقه على التلف مع وروده في مقام
البيان وحاجة السائل وجوب دفع القيمة فعلا من دون تعلقه على التلف
على احد الوجهين الاخيرين لكن الوجه الثالث لعله مخالف للاجماع على كون رد العين

واجيا لا امارا مسقطا فيمن الوجه الثانى لا يتم لو تم ماذكرت من الاستدلال بالرواية
على قيمة يوم ادائها مدونا لا اليوم الذى هو المدعى لانا نقول ان كل يوم من
ايام الغصب يوم الخالفة لا يقال ظاهره خصوص اليوم الاول لانا نقول لو سلم فلا
عبرة بهذا الظهور للقطع بان سبب الضمان هو المخالفة والعدوان من غير مدخلية لخصوصية
الايام وبهذا البيان يظهر ان الاستدلال بها على اعلى القيم يتم ولو كان الغرض اعلى
يوم المخالفة صغر للقيمة على ان يكون المضمون قيمة يوم الغصب بعد ما خصوص
الاولية تكون الرواية دليلا على ضمان اعلى القيم اذ العبرة بقيمة يوم المخالفة من
حيث هو كذلك لا من حيث كونه اول ايام المخالفة ويمكن ارجاع الدليل الاول و
الثالث الحكى عن الاستاد البهبهانى قده الى هذا ولمحض الكل هو ضمان الحيلولة ولما
لو جيه الاستاد قده فرجعه الى تفويت مالية العين يوم ترقى القيمة لا الى ضمان
العين ... المصطلح وان عبر عنه بالحيلولة وعليك بالتامل حتى تفهم مغايرة
الوجوه المذكورة ورجحان بعضها على بعض وهنا مسائل اغمضنا عن ذكرها حذرا من الاطالة الا
شغال لان ذمة الغاصب مشغولة ولا يحصل العلم بالبراءة الا بالاداء واجيب بان
الاصل في المقام البراءة دون الاحتياط لدوران التكليف بين الاكثر والاقل الا   ٢ الاقل ع
مطلقا ارتباطيين كسائر الديون ثم يمكن استصحاب ضمان المستفاد من حديث
على اليد وان كان الشك هنا في الزائد بناء على ان الدوران بين
الاقل والاكثر الذى هو مجرى البراءة ما اذا كان في نفس التكليف في الذمة لا
فيما به يتحقق ويتحصل في الخارج ولذا قال الاستاد قده بوجوب الاحتياط
في اجزاء الوضوء والغسل مع كيفية تطهير النجاسة مع ان مذهبه في الارتباطية
والشرائط البراءة دون الاحتياط نظرا الى ان المامور به انما هو الطهارة
وهو امر معنوى بسيط غير مردد بين الاقل والاكثر وانما التردد بينهما ما هو
سبب لحصول الطهارة لكن الذى رجحناه في كتاب الطهارة التفصيل بين ما اذا كان

سبب

السبب المحصل للمامور به توقيفيا فيه البراءة دون الاحتياط كالوضوء والغسل
للنجاسات اذا كان امرا عاديا راجعا الى العرف والعادة فيجب فيه الاحتياط كالامر المولى
بالتبريد وشك في حصوله بنحو واحد من المبردات او بنحوين فان المرجع
هو الاحتياط وان كان التبريد لا يحصل الا بفعل خارجى مردد بين البسيط والمركب
او بين المركب والجزئى او الشرط ولتحقيق المسئلة محل اخر ولا يخفى ان المخرج
من الضمان انما هو سبب عرفى لا شرعى وهو دفع القيمة فلابد فيه من البناء
على الاشتغال القاضى باعلى القيم لكن قد يقال ان الضمان ليس امرا معنويا بسيطا
كالتزام الغاصب بالخروج عنه بل معناه صرف التكليف بالفعل الخارجى
المردد بين دفع القيمة فاذا شككنا في وجوب دفع القيمة الزائدة دفعناه بالاصل
ما قبل الزائدة وعلى القول الثالث بما اليه الاشارة في كلام التحرير المنقول انفا
من ان يوم التلف يوم الانتقال من رد العين الى رد البدل فتعين ان يكون المردود
قيمة يومه واورد عليه بان يوم التلف يوم الانتقال الى القيمة واما ان المشتغل الذمة
انما هو قيمة يومه او شىء اخر فلابد له من معين اخر واجاب عنه الاستاد قده
بان معنى الضمان وجوب تدارك التالف عند تلفه ومعنى التدارك اقامة ما يماثله في
المالية مقامه كانه لم يتلف ورد بعينه والتدارك بهذا النحو لا يقتضى سوى مساواة
للبدل مع وجوب التدارك ضرورة سواء كان مساويا له في سائر الاوقات ولا اعلى
ام لا اقول ان الغاصب في كل ان حائل بين المالك وماله فعليه بدل الحيلولة
ما الحيلولة المحيلولة وهو لا ينافى وجوب رد العين عند التمكن وضمانه في اداء على
القيم والصواب ما ذكروه ان لا دليل على بدل الحيلولة مع امكان رد العين فتعين قيمة
التلف لا يوم الامر بالبدل الا ان يستفاد من الرواية قيمة يوم يوم العدوان تقبل
او بدل الحيلولة مع امكان رد العين فيتعين اعلى القيم حيثما نسلمنا فلابد في قبل
الرواية والنظر فيما يستفاد منها منقول عن الشيخ في الصحيح عن ابى ولاد قال اكتريت   ٢ بغلا الى قصر بنى هبيرة ذاهبا وجائيا بكذا وكذا وخرجت في طلب غريم لى

في فلما مررت قرب قنطرة الكوفة خبرت ان صاحبي متوجه الى النيل فتوجهت الى نحو النيل فلما اتيت النيل
خبرت انه توجه الى بغداد فاتبعته وظفرت به وفرغت مما بيني وبينه ورجعت الى الكوفة
وكان ذهابي ومجيئي خمسة عشر يوما فاخبرت صاحب البغل بعذري واردت ان اتحلل
منه مما صنعت فبذلت له خمسة عشر درهما فابى ان يقبل فتراضينا بابي حنيفة واخبرته
بالقصة واخبره الرجل فقال ما صنعت بالبغل قلت دفعته سليما قال نعم بعد
خمسة عشر يوما قال فما تريد من الرجل قال اريد كرى بغلي وقد حبسه علي خمسة عشر يوما فقال
اني ما ارى لك حقا لانه اكتراه الى قصر بني هبيرة فخالف وركبه الى النيل والى بغداد فضمن
قيمة البغل وسقط الكراء فلما رد البغل سليما وقبضته لم يلزمه الكراء قال فخرجنا من
عنده واخذ صاحب البغل يسترجع فرحمته مما افتى به ابو حنيفة فاعطيته شيئا وتحللت
منه وحججت تلك السنة فاخبرت ابا عبد الله ع بما افتى به ابو حنيفة فقال ع في
مثل هذا القضاء وشبهه تحبس السماء ماءها وتمنع الارض بركاتها فقلت لابي عبد الله ع
فما ترى انت جعلت فداك فقال ارى له عليك مثل كرى البغل ذاهبا من الكوفة الى
النيل وذاهبا من النيل الى بغداد ومثل كرى البغل من بغداد الى الكوفة وتوفيه اياه قال
قلت جعلت فداك فقد علفته بدراهم فلي عليه علفه قال لا لانك غاصب فقلت ارايت
لو عطب او نفق اليس كان يلزمني قال نعم قيمة بغل يوم خالفته قلت فان اصاب
البغل عقر او كسر او دبر قال عليك قيمة ما بين الصحة والعيب يوم ترده
عليه قلت فمن يعرف ذلك قال انت وهو اما ان يحلف هو على القيمة فيلزمك وان رد عليك
اليمين فحلفت على القيمة لزمه ذلك او ياتي صاحب البغل بشهود او ياتي صاحب البغل
بشهود ان قيمة البغل حين اكرى كذا وكذا فيلزمك قلت اني اعطيته دراهم ورضي
بها وحللني قال انما رضي بها وحللك حين قضى عليه ابو حنيفة بالجور والظلم ولكن
ارجع اليه واخبره بما افتيتك به فان جعلك في حل بعد معرفته فلا شيء عليك بعد
ذلك قال فلما انصرفت من وجهي لقيت المكاري فاخبرته بما افتى به ابو عبد الله ع

وقلت له

181

وقلت له قل ما شئت حتى اعطيكه فقال حببت الي جعفر بن محمد ع ووقع في قلبي له التفضيل
وانت في حل وان اردت ان ارد عليك الذي اخذت منك فعلت. وهذه الرواية هي العمدة
في مستند القول الاول ودلالتها عليه مبنية على ان يكون يوم المخالفة قيدا للقيمة اما
باضافتها اليه واما بعد اضافتها الى البغل يعني قيمة يوم المخالفة للبغل فيكون اسقاط
حرف اللام من البغل للاضافة واما بجعل اليوم قيدا للاختصاص الحاصل من اضافة القيمة
الى البغل كذا افاده الاستاد قدس سره في تقريب الاستدلال وهو قوي لولا انقطاع المقال و
غير بعيد مساعدة للجود مع القواعد النظرية لكن في شيء منهما خصوصا الاول المبني على اضافة
القيمة مرتين في كلام واحد ثم لو قيل باضافة البغل الى اليوم ... اعتبار قيمته يوم المخالفة
لان بغل يوم المخالفة لا معنى له سوى قيمته يومها ولعله المراد من الوجه الاول وفيه منع اصالة
البغل الى اليوم مع ندرة تلك الاضافة في الجائز تنكير بغل وتنوينه وكون يوم ظرفا لليلزم المدلول
عليه بمجيئه عليه السلام بنعم ودعوى بعده لا توافقنا مع لعلم السائل بكيفية الحال حدوث
الضمان زمان المخالفة كما يدل عليه قوله ارايت لو عطب البغل الى قوله اليس يلزمني مدفوعة
بان المعلوم انما علم السائل بالضمان واما انه يوم المخالفة فلا لاحتمال اعتقاده كون البغل
في ضمانه حين دخل تحت يده جهلا منه بامانة المستاجر مطلقا او في خصوص الابتداء اذا
لم يكن صاحبها معها كما هو المتعارف بين المكارين ولو سلم فلا يمنع علمه بعد
تعريف الامام له علمه ولو ما من جهل بحق عند قوله ع نعم بل عن بعض انه ... و
لعل نظره الى بعد اضافة المضاف اليه ثانيا متى يكون يوم المخالفة قيدا للقيمة حينئذ
ورد وقد يستدل له ايضا بقوله ع او ياتي صاحب البغل بشهود يشهدون له ان قيمة
البغل يوم اكترى كذا وكذا للاجماع على عدم العبرة بقيمته يوم الاكتراء من حيث انه
كذلك فالمراد به يوم المخالفة لتقاربهما او اتفاقهما وفيه ايضا منع ... التبانة
مع اتحاد قيمة البغل من يوم الاكترى الى يوم الرد كما هو الغالب بالنظر الى مجاري العادات
في اتحاده وسعا وقيمة الاشياء في ازمنة المتقاربة خصوصا في مثل خمسة عشر يوما

هو المعروض في الرواية فيكون تخصيص يوم ... بالذكر ... لتعذرا ... او يقصر في غيره ولعل ما ذكرناه ابتناء الرواية على نا ورد القيمة في الوقت المذكور هو التنزل
في ملاحظة يوم المخالفة نادرة ويوم الاكتراء اخرى ويوم الرد ثالثا كما في ذيل الرواية ومنه
يظهر فساد الاستدلال لان يوم الاكترى كما يقرب من يوم المخالفة يقرب من يوم التلف لانهم
في مدة ... عشر يوما او ... بالتسيار ... هذا وربما يستانس من ذيل
الرواية ان العبرة ليست بيوم المخالفة بل بيوم التلف لما فيه من توجيه اليمين الى
الموجر المالك عند الاختلاف في القيمة مع انه مدعى للزيادة ولا يمين على المدعى
ووجه الاستيناس انه لو كان العبرة بيوم المخالفة لم يكن وجه لتوجيه اليمين هنا الى
المالك الدابة بخلاف ما لو كان العبرة بيوم التلف الذى قد عرفت موافقته للقاعدة
اذ يمكن ح حمل ذلك على بعض الصور الذى يكون المالك فيه منكرا كما اذا اختلفا
في تنزل القيمة يوم التلف عما كانت عليه سابقا فادعى المالك البقاء وادعى الغاصب
التنزل فيتوجه اليمين ح الى المالك كما انه لو كان العكس كان عليه البينة دون
اليمين ولا بد من هذين الحملين محافظة الذيل للرواية عن مخالفة الاصول والقواعد
لان اليمين والبينة لا يجتمعان في مورد فكيف يستحلف المالك ويسمع منه
البينة لانه ان كان منكرا فلا بينة له وان كان مدعيا فلا يمين عليه ففي المقام خروج
عن مقتضى القاعدة من جهتين احديهما مطالبة اليمين من المالك المدعى والاخرى
الجمع بين اليمين وبين قبول البينة وهذا الجهتان وان لم يكن عليهما شاهد لان اخالهما
كان في محافظة ... المحكمة والقواعد المتقنة ولا يجدون الا مع تقدير كون
العبرة في الغرامة بقيمة يوم التلف فدعوى امكانهما على القول بيوم الغصب ايضا
لاحتمال ان يكون اختلافهما في تنزل القيمة يوم المخالفة عن يوم الاكترى حيثما
... بان لا يكون الاكترى ويوم المخالفة واحدا او متقاربان بحيث
يبعد معه عادة تنزل القيمة بهم الا ان يكون اختلافهما في تنزلها عن الايام

السابقة فيأتى فيه التوجيه المذكور ح ... كما لا يخفى وربما قيل كما هو في المتن
وعن الشيخ بخروج هذه المسئلة فاستثنى عن قاعدة البينة على المدعى واليمين
على من انكر وليس بجيد لان الخروج عن الاصول برواية غير واضحة الدلالة لما
فيها من الاحتمالات الموافقة لها كما بيناه دون ذكره الاصحاب اليها خروج
عن الاصول ومذاهب الفحول وكيف كان فلا ريب في ضعف الاستدلال المذكور
والتحقيق في صدر الرواية ان دلالته على يوم المخالفة موقوفة على اضافة
البغل الى اليوم فيها اشرنا اليه اذ على تقدير عدمها يتعلق ان يكون يوم ظرفا للغم
القائم مقام يلزم ولا بد له ح الا من دليل ... الضمان يوم المخالفة واما تعيين القيمة
فلا يدل عليه ولا قرينة على الاضافة بل ربما تدفع بالاصل على تامل فيكون مجملا
... الاستدلال ... عدم الاضافة على ضمان ... بالقيمة كما لو
نظر الى منع ... كون المضمون هو البغل المماثل للبغل المستلزمة الى لو كان كذلك
لم يكن وجه لاعتبار قيمتها بل كان اللازم الحكم بضمان نفسها ... فلو شهادة
لقاعدة ضمان القيمي بالقيمة وكون ... من القيميات على عدم تنكيرها
اما فيهما فافهم واما ذيل الرواية المتضمن لاثبات البينة على قيمة يوم الاكترى
فهو بعد الاتفاق على عدم العبرة بيوم الاكتراء مبنى على عدم اختلاف قيمة
البغل من ذلك اليوم الى يوم التلف فلا يدل على شيء من المذاهب بقى الكلام
في قوله عليك قيمة ما بين الصحة والعيب يوم ترده عليه فربما يتوهم دلالته
على قيمة يوم الرد وهو احد الاقوال في المسئلة وهو مبنى على ان يكون لفظ
يوم ثابتا في الرواية ويكون ظرفا للقيمة وكلاهما ممنوعان لاختلاف النسخ
ولعدم صلاحية القيمة لشيء من متعلقات الاضافة التى منها الظرف بل
هو ظرف لعليك القائم مقام لزمك لو لم يكن في الكلام فعلا لكن جعله ظرفا للاستقرار
المستفاد من اضافة القيمة الى ما بين الصحة والعيب مع وجود الفعل او ما يجرى

مع بها ينبغي ارجاع الظرف وسائر المتعلقات اليه وربما احتمل ان يكون قيد العيب على
ان يكون المراد مراعات العيب الموجود في يوم دفع الارش على تقدير زيادة يوم
الحدوث وفيه مضافا الى وجوب التقييد حينئذ بما اذا لم ينقص السابق والا فالمضمون هو مجموع
العيب السابق بعين المقدار الباقي منه يوم الرد انه مبني على كون الظرف صفة للعيب والاصل
ان يكون متعلقا بالحكم الموجود في الكلام كما لا يخفى كيف كان فلا دلالة في عدم
على قيمة يوم التالف ولا يوم حدوث العيب الذي هو بمنزلة يوم تلف العين لان
حكم الجزء والكل في الغرامات والمعاوضات واحد فظهر بما ذكرنا ان الرواية بالاجمال احق
الاستدلال بها في المقام فالمرجع هي القاعدة وقد عرفت انها قاضية بقيمة يوم التلف
ويبعد القول الاول لمكان الشهرة المتقدمة وفهم الاصحاب من الرواية قيمة يوم الغصب
اعلى القيم من يوم الغصب الى يوم التلف بالتقريب المتقدم واما بقية الاقوال فهي مع شذوذها
لا دليل معتمد لها لان مراعات قيمة يوم الرد مبنية على منقد مبنى احدهما ضمان القيميات
بالمثل كالمثليات مطلقا او مع امكان المثل المتعذر بقيمة يوم الدفع او لمطالبة بقيمة
يوم التعذر والمثل في الاولى خلافا لما نقل عن الاسكافي والشيخ في الخلاف والمحقق في باب القرض
من الكتاب ضمانها بالمثل مطلقا او مع الامكان على الاحتمالين في مختارهم ويدل عليه
ظاهر قوله تعالى فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم وقوله تعالى وجزاء سيئة
سيئة مثلها لان مماثل التالف هو المثل مطلقا ودعوى ان مماثل القيمي هي القيمة دون
المثل في وضوح المنع والفساد ويؤكد الاستدلال بما ظاهرهم الاتفاق عليه في
جواز البيع بما يساوي درهمين بدرهم مع شرط الربا في الصلح وسائر المعاوضات
اذ لو كان ما في الذمة القيمة كان الصلح عليه بما دون ربا والجواب الاخ الاتيين
فبالاخبار الكثيرة الواردة في ضمان القيميات في ابواب متفرقة منها صحيحة ابي ولاد
المتقدمة حيث نطقت بان على المستاجر قيمة البغل لا نفسها ودعوى دلالتها على
ضمان نفس البغل بناء على تنكيرها ممنوعة اذ لا دلالة لها على كون التالف في الذمة
نفس البغل

نفس البغل في قبال التصريح فيه بقيمة قيمتها مع ان ظاهر التنكير تعلقها بالبغل من دون
اعتبار مماثلة للتالف وهو بالحمل على القولين لان المضمون على القول بضمانه المثل هو
المماثل لشخص البغلة لا لجنسها فلو سلم جواز الاستدلال بظاهر الايتين مع قطع
من دون عمل الاصحاب وجب الخروج عنه في خصوص المقام بتلك الاخبار المعمول بها
و اما التاييد بخبر [illegible] في الذمة على القول المشهور هو ما يساوي التالف
بعد له في [illegible] لا خصوص [illegible] والدنيار ومن خلطهما في التزامات انما هو
محضهما في المالية وتجردهما عن جميع الخصوصيات التي تختلف رغبات الناس بها في
سائر الاموال فان خصوصيتهما اغراض لانه لا يمكن الزام الضامن وله المضمونه
بها ويدل على المختار مضافا الى الاخبار الاجماع كما هو المنقول المضمون على ضمان
القرض بقيمة يوم الاقراض فلو كان القيمي مضمونا بالقيمة كان الاولى اعتبار قيمة يوم
الرد او المطالبة على الوجهين في المسئلة واما المقدمة الثانية فهي مبنية على ضمان
المثل المتعذر بقيمة يوم الدفع وهو احد الاقوال في المسئلة واشهرها اقواها
وعن ثاني الشهيدين وجماعة ان اخطر قيمة يوم الاعواز وغير اقوال اخر مذكورة
في محلها ومنها يظهر ان القضية القول الثالث في المقام مراعات قيمة يوم التلف الا
لان يوم الاعواز مع عدم وجود المثل واما القول بمراعات يوم الرد فله وجهان ضعيفان
احدهما ما عرفت من البناء على ضمان القيمي بالمثل وضمان المثل بقيمة يوم الدفع لا
يوم الاعواز ولم تظفر بقائله وثانيهما قوله في الصحيحة ما بين الصحة والعيب يوم
ترده عليه بناء على كون يوم قيدا للقيمة حسبما ذكرناه مع فساده واما القول بضمان
يوم القبض في خصوص المقبوض بالبيع فرجع الى ضمان يوم الغصب بناء على اتحاد حكم
المسئلتين كما عن الحلي دعوى الاجماع عليه واما حجية القول السابع وهو الفرق
بين التعدي والتفريط بمراعاة يوم الغصب وهو يوم التعدي في الاول ومراعاة قيمة يوم
التلف في الثاني فهو اوضح دليله من الكل بناء على ظهور الصحيحة في قيمة يوم الغصب

لانه خلاف القاعدة فيقتصر فيه على مورد دعاه هو منشأ وبرجع في المفرط الى ما
يقتضيه القاعدة وهي هيئة يوم التلف حيثما فصل الكتاب ظاهرة الرجوع باياه من
حواء على عدم التفصيل بينهما في الزيادة والنقيصة فلو نقلنا الى المال والمثال
في القيمة كان القول قول المالك نظرا الى التعدي المفرط فيه الحيثما
هو شاه الى بعض تعليقات الكتاب ابرام ضمانه نتيجة وقيل
الاقوال المتابعة وهو اشبه بالاصول والقواعد وعليه الاكثر لاصالة عدم الا
مع عدم التعدي وهو معارض بصحة الاستصحاب مدفوع بعدم المستند فالاحتياط
واليمين كما عن بعض الصحيحة التي مضت ما فيهما من الاجمال والاشتمال
على خلاف الاجماع حيث جمع فيها بين خلف المالك وسماع بينة فراجع الى الملحق
المالكية وبما يحقق ومن اشتمل عمله لم يجز ان يقبل غيره بنقيضته الاشهر المتعلق
الى زمان الحكم الا انه حدث فيه اي بمتعلق العمل كالثوب ونحو ما يتبع
لفضل البيت والمسكن والاجر كما مر في اوائل الكتاب ومستند من ظواهر
من الاخبار منها صحيحة ابي حمزة عن ابي جعفر عليه السلام انه سئل عن الرجل يتقبل في العمل
فلا يعمل فيه ويدفعه الى اخر فيربح فيه قال لا ومنها صحيحة محمد بن مسلم عن احدهما
عليهما السلام انه سئل عن الرجل يتقبل في العمل فلا يعمل فيه ويدفعه الى اخر فيربح فيه
قال لا الا ان يكون قد عمل فيه شيئا ومنها رواية ابي حمزة الخياط قلت لابي عبد الله
اتقبل الثياب اخيطها ثم اعطيها الغلمان بالثلثين قال اليس تعالجها قلت
اقطعها واشتري الخيوط قال لا بأس ومثلها اخرى نحوها في انا طريق الجواز الا
عن الرجل الخياط يتقبل العمل فيقطعه ويعطيه من يخيط ويستفضل قال لا بأس
والمتبين من قضية في الرواية الجواز على الامر الجواز فلضعفه دلالة الاخبار
على التحريم الا ان هذا الاحتمال كونه كملة لانهما في الفصل كما في اخبار الفرقة
تدل على الحرمة بل دلالة الاولى لاحتمال ان المنع انما كان على الحلي والعلامة وروايته

الظاهرية للمقاصد بخلاف ما لو قلنا بظهور نفي البأس او نفي الصلاح في
الكراهة او قصد اصطهادية وقد يستدل لعدمها ايضا بان اخبار الباب
بين طائفتين طائفة في المنع وصريحة في الجواز بعضهم حمل الاطلاق كراهة
جمعا وفيه ان اخبار المنع مطلقة واخبار الجواز مطلقة واخبار الجواز مقيدة
بما اذا عمل فالتقييد اولى من حمل المنع على الكراهة ودعوى اعتضاد اطلاق
المنع بالشهرة المتقدمة والكثرة فتعطيه قوة يكافئ بها الاخبار المفصلة
مجرح المقام مما يقدم فيه التقييد على المجاز ويدرج في قولهم اي عام او مطلق
يقيد على الخاص والمقيد اضحى المنع سنده واستناد المتقدم الشهرة والمعتبر
في تقوية كلا لانه وهي انما كانت بين المتاخرين اذا كان الخلاف راجعا الى العدول
الاخبار لا مثل انها على التقييد وعدم الكثرة البالغة على فوق الاطلاق لان الدال
على المنع بزعمهم منحصر في الصحيحين المذكورين والاحاديث تفضل الاجرة حرام لاسيما
له بالمقام كما عرفت ثم ان الشهرة او كل كثرة لبس بما يخرج المسئلة عن القواعد المتقدمة
وما المطلوب الاري في المسئلة ارجح مما ذكرنا وهو منع الدليل على التحريم وعدم ظهور
النفي في ذلك ان لم يقل بتضمنه فضل المسكن والحانوت الاجر بالحرمة كما هو المتيقن لكن
معروف ظهور اخبار المقام في التحريم وصيرورته تعين المصير اليه لعدم ما يدل على الجواز
سوى حمل الحلي والعلامة المذكور سابقا لان نفي الصلاحية لا صلاحية له للاثبات
الكراهة خصوصا كما مر وحينئذ مع خلو كتب الاصحاب عنه لا يفيد شيئا
وان كان المثبت مقدما على النافي لانه فيما لو لم يرجع النفي الى الاصل كما
في المقام ولا احد ذلك لنسبه في محكي مفتاح الكرامة الى السهو والغفلة بعد
ان نقل عن تهذيب ونهج البرهان ووافي د والهادي ونقل بلفظ واوجب من الوجوه
المذكور احالة المسئلة الى حكم اجارة المسكن والحانوت والاجير وقد تقدم
في اوائل الكتاب حالها فان قلنا فيها بالحرمة قلنا بها هنا لبعد التفكيك بينهما خلافا

لتمينا الإسناد فلك فبا هناك على الحرمة وهنا على الكراهة وهو مع بعده في نفسه
فاسد المستند اذ ليس هو الا دعوى ظهور نفي الصلاحية هنا في الكراهة وهو
محل وفيها ما عرفت ولما ذكرنا ذهب بعض مشايخنا قدس سره هنا الى الكراهة وفاقا
لما هناك وكيف كان فعلى القول بالحرمة فالواجب الاقتصار على مورد النص
وهو العمل بالعين كخياطة الثوب وصياغة الخاتم اما العمل الصرف كالصوم
والصلاة وحفر البئر ونحوها فيبنى على اصل الجواز وربما قيل ان ذكر بعض
لوازم العمل في العين لا يقتضي تقييد ذلك به فلذا نعم لو كان هناك مطلق
فاش بالمنع مط واما مع عدمه فكيف لا يقتضي الاختصاص بمورده اللهم
الا ان يدعى اطلاق بعض الاخبار كقول الراوي في الصحيح المتقدم عن
الرجل يتقبل بالعمل فلا يعمل العمل اعم مما يتعلق بالعين كما هو واضح ولا
دلالة في قوله فلا يعمل فيه على التقييد لان التوسع في الظروف امر شايع مع ان
ذلك بالاعتبار وهو التحفظ عن الربا الذي هو الباعث على منع الاستفضال
حرمة او كراهة وعام في فضل الاجير الذي لا فرق فيه بين كونه اجيرا لتعلق
العين او اجيرا للعمل الصرف هذا اذا لم نقل بعموم قوله عليه السلام فضل الاجير حرام
للمقام والا كان دليلا واضحا على التعميم وعليه يعتبر في تقبيل العمل الصرف على
شيء منه والله العالم ولا يجوز على القول [illegible] اي تعلق
العمل [illegible] لان العين امانة
في يد المستاجر فلا يجوز دفعها الى غيره الا باذن المالك وذلك
ان الاذن في الشيء اذن في لوازمه فالاذن في التقبيل اذن في تسليم
العين المتقبل عليها للعمل المستاجر عليه ورد بان جواز
التقبيل ليس اذنا من المالك في تقبيل العمل للغير حتى يتبعه الاذن
في التسليم لان عقد الاجارة انما يقتضي استحقاق المالك على الاجير

العمل المستاجر

العمل المستاجر عليه كما يقتضي استحقاق الاجرة عليه وهذا اعم من ان المالك له في العمل
مباشرة او تسبيبا بتقبل الغير فيحتاج عمل الاجير الا الاذن الاخر بعد الاجارة غاية الامر
سلطنة الاجير الاول على مطالبة الاجرة لو صار في مقام الوفاء بالاجارة اعني تسليم العمل
المستاجر عليه بالتسبيب وانما سلطنته على استعمال الغير قهرا على المالك بل الامر
كذلك بالقياس الى عمله مباشرة فانه ليس له التصرف في العين بعد التفريغ
بتسليم العمل مباشرة الا بالاذن جديدا من المالك ومنافاة الى تملكه الاجارة فان
الاذن الافعلية دفع الاجرة خاصة ولا بد ان تدخل فيه الاخبار فلا يرجع الى الحكم
يجبر على التسليم ثم لو اذن له اقتصر عليه ولا يتعدى منه الى الغير ولو قلنا بجواز
التقبيل ومن هنا ظهر الفرق بين المقام وبين تسليم العين المستاجرة كالدار الى
المستاجر الثاني فانه لا يحتاج الى الاستيذان ولا يضمنه المستاجر لان التسليم
فيه حق المستاجر على المالك حتى لو منع عن الاذن اجبر عليه لان المستاجر
مستحق للاستيفاء المنفعة الموقوف على التصرف مباشرة او تسبيبا مع
تجويز له اجارة العين المستاجرة كما لو صرح بذلك في ضمن العقد واطلق
ولم يشترط المباشرة حسبما مر تفصيله فيما سبق الى غير ذلك ان هذا ليس محلا
للكلام القوم في المقام اذ لا ريب في حصر عدم جواز تصرف الخياط مثلا
في الثوب مع عدم مطالبة المالك المستاجر للخياطة صراحة وشهادة الحال
ويد لو اخذ الخياط وانما الكلام في جواز التسليم حسبما هو المتعارف بين
الناس وهو صورة المطالبة فمقتضى العقد حينئذ اعني جواز التقبيل للغير
وعدم جواز التفكيك بين الملزوم واللازم في الاذن عدم الضمان واقوى
بعدم الملازمة بين الامرين فلو اذن بالاذن في التقبيل ولا بالاذن في
التسليم بان يعمل الغير في العين وهو في يد المالك والاجير الاول من غير
فرق بين المقام وبين ما سبق على تسليم الدار المستاجرة الى المستاجر

الثالث فلابد من بيان ... الكلام او المقام لنعرف المستاجر فى العين والاجارة يتضمن موضعين فرق بين الاول والثانى ثلث وفيه ما لا يخفى انا فى هذا المقام
فلان استيفاء المنفعة وهى هنا السكنى مثلا كيف يتعقل بدون التصرف فاذا
استحق المستاجر السكنى فقد استحق وضع اليد على الدار ... رضى المالك
اولم يرض فان اراد بالتصرف فى الدار ازيد مما يقتضيه السكنى اتجه ما ذكره
من التوقف على الاستيذان والضمان بدون الاذن لكنه خارج عن محل
الكلام وان اراد به ما يقتضيه الاستيفاء فلا وجه لتوقفه على الاستيذان
بل للمستاجر الاول تسليم الدار الى المستاجر الثانى ولو منع المالك
ان لم يشترطه عليه المباشرة فى السكنى وكذا الحال فيما نحن فيه فان تصرف
الخياط بالخياطة لا يحتاج الى اذن المالك ان اجاز له التفصيل بالتصحيح
او باطلاق العقد ... نعم للمالك دفع الاجير ... عن الخياطة وانما يمنع مطالبتها ولبس لكم عن التصرف بالخياطة فان اراد
بالخياطة فان اراد بالتصرف هنا نقل العين من يد المالك الى بيته فهو ايضا
خارج عن محل الكلام وان اراد التصرف فى ... فلا يتوقف على الا
ستيذان سواء عمل بنفسه او بغيره فظهر ان لما ذكره المصنف من عدم جواز التسليم
وجهين احدهما الاول مختص بالمقام ولا باس فى اجارة الدار والسكنى وساير
الاعيان وثانيهما عام لهما كما ظهر سقوطهما وعدم جواز استناد ما ذكره
الاصحاب من عدم جواز التسليم اليهما وهنا وجه اخر للضمان مع عدم الاستيذان
اشار اليه فى حكايته وهو ان العامل وان كان مستحقا للتصرف فى العين وفاء للعقد ولكنه
لا ينافى وجوب الاستيذان من المالك عليه جامعا بين الحقين فان لم ياذن استاذن الحاكم
الذى هو ولى الممتنع ويسقط اعتبار اذنه وهذا اشبه شئ باذن الولى فى الصلوة على من
تعذر عن الصلوة فانها واجبة على الولى مع الاستيذان ويسقط اعتبار اذنه مع الامتناع

قال

قال

ويحتمل تسلط العامل على الفسخ ولو لم يكن باذن المالك لانه مسلط على ماله وفيه انه قد
يوجب ... لان المالك ان كان مطالبا للعقد فالتصرف فى العين ح وان كان مستحقا عليه لكن
مطالبته له الاذن اذن فى التصرف لان الاذن فى الشئ اذن فى لوازمه فليس تصرف هذه
الصورة التصريح بعدم الاذن للتناقض وسقوطه عن درجة الاعتبار فلم يكن ممانعا
للعمل فليس التصرف فى العين ح ... المالك ... لما عرفت انه
خارج عن مقتضى الاجارة وانما لا يقتضى سوى سلطنة كل منهما ... باعوض
فلا حق للعامل سوى مطالبة الاجرة مع تسليم نفسه للعمل واما انه يستحق التصرف
فيها قهرا على المالك ثم انه لا وجه لتسلط العامل على الفسخ لو بذل المالك الاجرة فى
... ثم قال ولو قيل بالجواز بين انما
بدون الاذن كان حسنا الصحيحة على بن جعفر ع عن اخيه ع فى عدم ضمان الدابة المستاجرة
بالتسليم الى الغير اذا لم يشترطا عليه ركوبها بنفسه قال واذا كان العين ... مما يتعلق
... استيفاء المنفعة لغير المالك فهو مع كون المستعير ... المختلف وابن جنيد جوز التسليم من غير ضمان مع كون المتسلم مامونا ولكن ينبغى تقييده
بكون المتسلم اليه ثقة والا فالمنع اوجه ورد بانه لا صراحة فى خبر ... العين المستاجر ... ظهور وانما المراد السؤال عن تلفها حال ... ليس بها الغير ... هى فى يد الاول ولا ريب ان الحكم ح ما ذكره الاصحاب قلت وفيه ضعف لان ظاهر
اعطائها الغير مستقلا ... وهو من ... لا يكون المستاجر ... به ان لم نقل باستقلال المكارى مع ان التفصيل بين شرط المباشرة وعدمه ...
اذ لا ضمان على المستاجر بالقياس الى الدابة اذا كانت فى يد صاحبها سواء اشترط
المباشرة ام لا وان كان ضامنا للاجرة مثل ركوب الثانى لو كان بغير رضا المالك
وفهم من المستاجر على الثانى كما لا يخفى وقد يرد بان مورده العين المستاجرة
فلا مساس لها بالمقام ودعوى الاولوية مع كون التصرف فى العين المستاجرة حقا

للمتاجر على الموجر بخلاف المتصرف في العين للعمل فيها لا وجه له او فيه ان مطالبة العمل اذن
من المالك في التصرف فيها لان العمل يقتضيه وهذا الاذن لكونه عن اعتبار الملك الاولى
برفع الضمان من الاذن الذي يستحق عليه فيه او كيف كان فلوازم وجهان في المسئلة اوجههما
ذكره في المكدوره بما زل حكمهم بعدم جواز التسليم على القول بعدم جواز التقبيل بل ينفع انه
من راس كما لا يخفى على من وهو انهم قالوا باشتراط الوثاقة في الاجير الثاني وعلل بانه
مقتضى الامانة وربما ينافي فيه بانه امانة مالكية من طرف المستاجر بعد فرض جواز
بمقتضى الملوق الاجارة فلا وجه لاشتراط الوثاقة وليس الاجير الثاني كما لا جير الاول
في عدم الاشتراط ويدفعه ان جواز التقبيل ليس صريحا في استيمان الثاني بخلاف
الاجير الاول فانه ايتمن من طرف المالك ولو كان خائنا فان الضمان انه حينئذ
ايضا [illegible] بما يتسبب لو نفرض ابطاب شرط الامانة في الغير الذي يسلمه عين المعمول
فيها ومن هنا يظهر اشتراط الوثاقة ايضا في المستاجر الثاني في العين المستاجرة
لو اراد المستاجر الاول اجارتها من غيره لانها امانة في يد الاول وجواز اعارتها
من غيره لا يقتضي الخروج عن مقتضى الامانة في الاستيمان وان كان متلقاة من
جانب المالك المسئلة انه يجب على المستاجر سقي الدابة وعلفها فلو اهمل ضمن
على ما صرح به الاصحاب فهنا مسئلتان الاولى وجوب السقي والعلف على المستاجر
واعلم انه قد اجتمع في الدابة المستاجرة جهات ثلث احدها كونها من ذوات الانفس
المحترمة وثانيها كونها امانة مالكية بيد المستاجر وثالثها كونها مستاجرة والكلام
والكلام فيكل من الجهات تارة في اقتضائها التكليف وهو وجوب السقي والعلف
واخرى في اقتضائها الوضع من حيث بذل المال العلف مجانا او ببذل العمل وهو نفس
السقي كذلك ثم مع ملاحظة كون الدابة بيد المالك او بيد صاحبها او بيد المستاجر يختلف
الحكم وتترقى صور المسئلة الى ستة وثلثين فنقول اما الجهة الاولى فانها انما تقتضي
وجوب حفظها لكن على الترتيب بمعنى تعلقه اولا بالمالك او بوكيله فان تعذر

فالحاكم

لها الحاكم فان تعذر فعلى غيرهم كما قيل وفيه نظر لان احترام نفس الحيوان لا يقتضي ازيد من
صرف الابدال قبله او غيرها ولا وجوب المباشرة والمعالجة اذ لا عرض للمالك والعوض
المهتم على حد وجوب حفظ الادمي وفيه ايضا ان ما يجب على المالك من صنع او علفه
للا بدل منه اولوية موضوع الوجوب في المقام فانه مبني على تعيب
النفس ثم ان وجوب الانفاق ثابت على الترتيب المذكور غير انه في وجوب الحاكم
الحكم هنا الا ان يراد به الاستيذان فيه وعدم جواز مباشرة غيره اليه بدونه
اذنه فانه من الامور الحسبية [illegible] مع وجوده واما الجهة الثانية فانه على
الاشكال او الخلاف في اقتضائها الوجوب لان من احكام الامانة وجوب حفظها سواء كانت
من ذوات الانفس المحترمة لا ان يدعى اختصاصه بخصوص الوديعة وبقاء غيرها من
الامانات على مقتضى القواعد لكن ظاهرهم ثبوته في جميع الامانات المالكية وتظهر الثمرة في
وجوب الاستيذان من الحاكم اذ على هذه يجري ان حكم الوديعة في الاجارة استقل المستاجر
مع غيبة المالك بالانفاق على الدابة من غير مراجعة الحاكم ومع تعذره عليه فعليه ان
لا الاستيذان من الحاكم فان تعذر تولاه بنفسه والفرق هو ان مقتضى عقد الوديعة
قيام الودعي مقام المالك الذي لا يحتاج الى اذن الحاكم بخلاف غيره من الامانات فانما الثابت
استنابة في الحفظ وان تضمنت الاذن في ايه وهذا هو الاوفق بالقاعدة ولا ظن
قيام الاجماع على مساواة الامانات للوديعة في جميع الاحكام حتى هذا الحكم الانفاق والعلف
تكليفا واما استحقاقه قيمة الماء والعلف فلو اشكال فيه من الجهة الاولى على فرض
تسليم اقتضائها وجوبا لان وجوب محافظة الدابة او غيرها من النفوس المحترمة
ايضا كما بالعقد المتردد بين المجان وغيره فيبقى قاعدة احترام مال المسلم بحاله لكن
بشرط في استحقاقه العوض الاستيذان من الحاكم مع الامكان والا نوى العود
فان تعذر قيل وجب عليه الانفاق مع الاشهاد وفيه تامل ان اراد اشتراط استحقاقه
العوض بالاشهاد لعدم الدليل عليه وان اراد وجوبه الارشادي مقدمة لاثباته

فانه من الحقوق الواجبة من الملك على المالك وغيرها فيجب حفظها [illegible] الا المملوك بيدي [illegible] مساوات عدم الانفاق ع ع

عند الحاكم لو انكر المالك فهو حسن ولو اريد الاشهاد على قصد الرجوع فالمنع هنا اوضح [illegible] الى المنفق [illegible] قبل [illegible] الثالث [illegible]
نظرا الى امكان الاشهاد عليه بان اتفق على تصريحه بقصد الرجوع حين الانفاق وكيف
كان فظاهرهم الاتفاق على استحقاق عوض الماء والعلف اذا قصد الرجوع نظرا
الانفاق [illegible]
لمرض سبب وليس هو الا قصد الرجوع في الانفاق وفي كونه سببا لضمان المنفق
عليه في الحضر او ضمان المكره هنا نظر لان التلف او تلف المال المنفق قد اجتمع
فيه امران المسبب وهو الوجوب شرعا او عادة وهو صاحب [illegible] فان قدم
السبب كان الضمان على المالك وان قدم المباشرة كان التلف من صاحب المال
و[illegible] الرجوع [illegible] الضمان [illegible] استحق [illegible]
او [illegible] بقيمة النفقة [illegible] واحترام مال المسلم نفسه لا يصلح سببا [illegible]
اجماعا على الرجوع فيكشف عن ثبوت [illegible] في [illegible] فيكون [illegible]
بمنزلة قبول [illegible] عليه [illegible] لم يكن عليه شيء [illegible] بين المال و[illegible]
العمل وهو الحق ونحوه فالكلام فيه مثل الكلام في نفقة الماء والشعير وحكم الجهة الثانية
حكم الجهة الاولى [illegible] العمل على المالك [illegible]
[illegible] اعتبار التبرع بالعمل والحفظ في اجير الوديعة [illegible]
لان [illegible] الوديعة [illegible]
[illegible] اليه لاستيفاء المنفعة وان كانت امانة وكذا في المقدمة الثانية لو لم
[illegible] وما الجهة الثالثة [illegible]
مقتضية لشيء من التكليف والوضع عند الاكثر خلافا للمحكي عن جماعة في ذلك
[illegible] فقالوا بوجوب [illegible] والعلف [illegible]
لها منزلة نفقة الاجير المنفق في حوائج المستاجر كما يأتي ورد بان العادة و
المتعارف

[illegible]
والعارية [illegible] اشتراط [illegible] على المستاجر في الاول [illegible]
بمقتضى القاعدة [illegible] على المالك ولا عادة [illegible] يقتضي [illegible] المجامع [illegible]
[illegible] عن جماعة [illegible] واشتباه [illegible]
نقل [illegible] والعلف [illegible] مال المستاجر [illegible] عليه [illegible]
[illegible] ان المستاجر [illegible] ضمانا [illegible]
باب الضمان [illegible]
[illegible] والحاصل [illegible]
[illegible] في اجرة العمل [illegible]
[illegible] يقتضي سقوط الاجرة [illegible]
[illegible] بعدم الاجرة لانها [illegible] عند المستاجر [illegible]
[illegible] الوديعة
بعد الحكم مع امكان القول بالاجرة فيها [illegible] بقاعدة الاحترام [illegible]
لان [illegible] الامانات تجري [illegible] الاموال [illegible] للعمل [illegible]
وكذا [illegible] فانه لا اجرة [illegible] الخدمات [illegible] الوديعة [illegible]
ويزيد فيما لو كان الودعي [illegible] عن مباشرة الخدمة واحتاج الى الاستيجار [illegible]
[illegible] بالتبرع [illegible] وتكلف [illegible]
الى المالك باجرة الخادم [illegible] العلف [illegible] والخبز كما [illegible] كان [illegible]
يستند [illegible] اليه المركوب [illegible] فان كان العمل للاجرة فلا اجرة [illegible]
[illegible] وان كان للاجرة [illegible] التبرع [illegible]
للمتعارف منزلة الاشتراط من غير فرق بين قصد التبرع او قصد الاجرة
[illegible] التبرع [illegible] الاجرة [illegible]
[illegible] وهذا هو [illegible]

تكليفا ووضعا ما لم يكن مالكها مصاحبا لها في الطريق والا فلو وجوب الاصح اشتراطهما على المستأجر
ولا ضمان عدم اشتراط ادلم [illegible] وهذا [illegible] مطرد في جميع الامانات المالكية وفي الزوجية مبنى
على وجوبهما على الامين فان وجبا ضمن الكل بالاهمال للجهة الاولى اعني كونهما ذات نفس محترمة وفي
غيرها وجها من وجوب التحفظ ومن اصالة البرائة ووجهها الا عدم الدليل عليه لان الواجب على
الامين هو الحفظ بحفظ الامانة في [illegible] الاهمال والمحافظات الا [illegible] عليهما فانها
فالمنع فيه مجال بل يمكن اسراء المنع الى الامانات المالكية حتى الوديعة فان الوجوب حفظها ازيد
من الوضع في [illegible] و[illegible] غير صاحب [illegible] صرح بوجوبه في الشجر
والحيوان [illegible] بعض [illegible] لما ذكرنا المسئلة الخامسة انا [illegible]
[illegible] او [illegible] الختان فيبقى [illegible]
الى الختنة او [illegible] وكذا البيطار مثل ان يحيف على [illegible] بفصد فيقتل او
يجرح [illegible] ولو احتاط واجتهد اما لو تلفت بيد [illegible] له بسببه من غير تفريط ولا
تعد لم يضمن على الاصح وكذا الملاح والمكاري لا ضمان [illegible] ما يتلف من تفريط [illegible]
الا [illegible] والمخالف في المسئلة الاولى وهي تضمين الصانع [illegible]
او [illegible] الشيخ في التهذيب حيث قال بعدم ضمان الامين [illegible]
الدالة عليه مثل ما عن المقنعة في رجل استاجر جمالا فيكسر الذي يحمل او يهريقه فقال ع
ان كان مامونا فليس عليه شيء وان كان غير مامون فهو له ضامن وقيل وبموافقته
في ذلك غير واحد من الاخبار [illegible] ما ورد في الباب من الاخبار الناطقة
بالضمان مثل صحيحة الحلبي قال سئلت ابا عبدالله ع عن القصار يفسد فقال ع كل اجير
يعطى الاجرة على ان يصلح فيفسد فهو ضامن [illegible] الثوب
[illegible] على القصار [illegible] قال [illegible] انما [illegible]
[illegible] في [illegible] للتعليل او المعالجة [illegible] على [illegible]
المسئلة عند مضافا الى قاعدة الاتلاف لان الروايات المفصلة اخص منها

عن القاعدة

٢٧٦

عن القاعدة واجيب تارة بان النسبة بينهما عموم من وجه وجد له مطلق نظر الى ان مفاد الاول
عدم تضمين الصانع الامين مطلقا سواء كان هناك اتلاف منه او تلف تحت يده والثانية
[illegible] الاتلاف [illegible] وصرحتها الثانية وفيه
[illegible] جدا [illegible]
الاتلاف واخرى بان العام قد يقدم على الخاص للاعتضاد بالشهرة وسائر المرجحات
وفيه ما لا يخفى والصواب ان يجاب عنهما بعدم عمل الاصحاب لان الخروج عن انه من
الضوابط بانه مما لم يرد من الاخبار خارج عن القاعدة مضافا الى الاجماعات البالغة حد الاستفاضة
[illegible] مع عدم [illegible] انتهى [illegible]
من [illegible] بخصوص [illegible] اولان [illegible] اصالة
هو مورد لنصوص الضمان ومعاقد الاجماعات وفيه ما لعل بعض المتاخرين فيه خاصة
كما يأتي وضعف الاولى اعني الرواية بما عرفت والثاني بان المستفاد من الصحيح قاعدة
كلية لا يكاد يشك في اندراج المحال فيها وهي ان كل من اخذ مالا للاصلاح فاتلفه
[illegible] فالمتعين [illegible] ويشهد له بعض [illegible]
وفي المسئلة طائفتان اخريان من الاخبار طائفة دالة على عدم ضمان الصانع
مطلقا مثل رواية يونس عن الرضا ع قال سئلته عن القصار والصانع ايضمنون
قال ع لا يصلح الا ان يضمنوا قال وكان يونس يعمل به ومثلها عن الصادق ع
[illegible] وهذه الطائفة [illegible] الاخبار [illegible]
[illegible] بالاتلاف عموم وخصوص [illegible]
بالضمان للاتلاف ويبقى تحتها صورة التلف وهذا اولى من ترجيح اخبار الاتلاف
عليها بالشهرة [illegible] استحباب عدم
التضمين مثل رواية ابي بصير عن الصادق ع قال كان علي ع يضمن القصار والصانع
[illegible]

غيرها [illegible] ولا [illegible] واختص [illegible] وعدنا [illegible]
الحالة انه استحباب ولا يجري ظهارها مع المسئلة الثانية [illegible] احتياطا في تضمين فانه ضمنا
اللهم ان يحمل على التشارح في التلف فيمكن ح القائل على ظاهره لكنه مخالف للمشهور من سماع
قوله في دعوى التلف كما يأتي ثم لا بأس بهذا الحمل على وجه الاستحباب دون الوجوب
فيكون المراد بتضمين على ح عند الاختلاف والتنازع امر القصار والصانع بالغرم
استحبابا استظهارا في اموال الناس ولا يخفى بعده فالاولى ما ذكرنا من ان الحكم بضمانه انما هو
بالاختلاف واستحباب التقبل والعفو انما كان مأمونا غير صانع في محافظة المتاع كما
في اليد في محكى الاستبصار ويأتي الكلام انه محمل كلام غير واحد منهم فاسرحت الحدائق
من [illegible] اعلم ان صاحب [illegible] الكرامة [illegible] الخلاف في هذه المسئلة عن المختلف
والشيخ وعلم الهدى والمص في موضع من هذا الفصل الرابع الاتي والعلامة في كرة وصاحب
الكفاية والاردبيلي وذكر ان في كلام المص والعلامة اضطرابا وهذا ما يذكره المص في
الفصل [illegible] اشتباه [illegible] لان [illegible]
[illegible] المسئلة الثانية [illegible] الذي [illegible]
وليس لاحد خلاف في هذه المسئلة كما اعترف به في اثناء تحقيقاته بل المص
ان خلاف الشيخ في محكي التهذيب المتقدم الذي عنا البعد في محكي جمع [illegible]
ليس في هذه المسئلة واما الاختلاف موضوع هذه المسئلة لما يذكره المص في الفصل
الرابع [illegible] فلا ينبغي ان يحمل على مثله وليت شعري انه لم قال ويبقى على المص
اختلاف اجتهاده فلا ضير على الفقير واما المخالف في المسئلة الثانية اعني عدم
ضمانهم لما يتلف تحت ايديهم من غير تفريط فهو المفيد والمرتضى في محكي الاستبصار
[illegible] من كتاب [illegible] والاردبيلي [illegible]
جمال الدين الخونساري في حاشية الروضة ان خلاف السيد انما هو في سماع قولهم عند
[illegible] بشهادة [illegible]

الهلاك

او قيام البينة من الحكم بالضمان صريحة مراد منه في موافقة القوم مع فرض التلف السماوي
الذي هو موضوع البحث ومنه للسيلم ان الجماعة الذين وافقهم المص كثير فما يعني
هنا لان كلهم صرحوا بعدم الضمان مع اشتمال الهلاك او قيام البينة والذي اوقع الناس
في الوهم كلام الشهيد الثاني في محكي المسالك حيث صرح بان الاصح في عبارة الكتاب اشارة
الى خلاف المرتضى وقيل انه وافق في ذلك المحقق الثاني فالاصح في الاوضح ما ذكره
بعض مشايخنا قده انه اشار الى ما لا نعرفه لا الى خلاف المرتضى وقال بعض الاصحاب
قده منشأ للتمهيد الثاني ان عدم الضمان مع التلف السماوي المعلوم اجماعي فلا
يجوز ان يكون الاصح اشارة الى الخلاف فيه مضافا الى ما فيه من تكذيب والتمهيد
الثانيين له فيما قال مابينا شاهدا فلا خلاف فيهما وخلافهما ليس في عدم الضمان مع اشتمال
الهلاك او قيام البينة عليه فتعين ان يكون اشارة الى خلاف المرتضى بوجه اخر وهو
انه [illegible] في [illegible] لكنه [illegible]
الحكم الظاهري الشرعي عند الاشتباه والشك في التلف مع قطع النظر عن
[illegible] انه [illegible] انه عدم [illegible] الحكم
الصلح بين الاثنين المتكاذبين رفع هذا لقطع النزاع ونعتقد الامر هذا انهما غير معقول
الا بالتعليل الى الذي هو الحاكم في امثال المقام فتعين تنزيل خلافهم على مسئلة الدعوى
والحاصل ان الحكم الظاهري الشرعي يختلف باختلاف حالات الناس في اختلاف الامور
العملية الجارية في مجاريها ولا معنى لتنزيل خلافهم على الخلاف في الحكم الظاهري الحاصل
وليس منظور النظر اصلا اذ ليس عندهم الا ثلث مسائل الاولى ضمان الصانع بسبب
الاختلاف او التفريط والثانية عدم ضمانه بالتلف السماوي والثالثة تقديم قوله
او قول المالك في دعوى التلف او التفريط وما الاختلاف على التفصيل الاتي في الفصل
الرابع والمسئلة الرابعة التي جعلها منظور النظر المص في قوله الا ان يكون ثقة فلم يكن
الاصح لا اصل لها ثم ان الملازم للنظاري في الصانع المذكور من عدم اولوية التفكيك

يلمها ومن ضرعا قبل الوجه [illegible] ما توهم من استناد التلف غالبا اليهما وفيما ان كونه النا[illegible]
ذلك [illegible] لزم الضمان [illegible] وانما [illegible] ان الوجه [illegible]
عن منصرف الصانع فى النقص والغرق كما صرح به فى محكى [illegible] بل قال بعدم صدق [illegible]
عليه لكن قوله [illegible] الماشيه ظاهر فى وجود خلاف فيها وان لم نعثر به وبقى [illegible] فى امور
الاول صرح الفاضلان [illegible] والمحقق [illegible] وغيرهم صرحوا على ما نقل عن بعضهم بانه
يكره ان [illegible] الاجير [illegible] بائع القاصد [illegible]
ان [illegible] الا ببينة [illegible]
تقيدنا ما لم يحكم بالنكول قبل وكذا لو لم نقض به فانه يكره ايضا تضمينه باليمين
المردودة قلت هما مبنيان على ان يكون مفروض كلامهم المسئلة التى تراعى
[illegible] ثالث [illegible] التضمين [illegible]
[illegible] وسيأتى [illegible] بيان [illegible]
[illegible] بين الاخبار المتعارضة [illegible]
[illegible] وان لم [illegible]
اذا اتفق حصول التلف بعقله ضعف وانزعج المحتوى [illegible] العارض امر خارجى [illegible]
[illegible] قوله [illegible] فيقتل [illegible] هو مقتضى [illegible]
القاصد والمالك [illegible] على ضمانه لما يتلف بيده حاذقا كان او غير حاذق
معرضا كان او [illegible] وفتوى الاصحاب الجمع من الحلبى [illegible] وانتشر [illegible]
[illegible] عليهما الاعلام [illegible] لكن [illegible]
[illegible] الختان [illegible] وفى [illegible] فى كلام الكفا[illegible]
[illegible] التلف اليه او قدم [illegible]
وجود الروايات [illegible] بعضها [illegible] اشعار [illegible]
[illegible] الدابة بالضرب المعتاد [illegible] الخارج عن المتعارف [illegible]

الغرض

الغرض [illegible] بان الضرب من مقدمات استيفاء المنفعة فيكون حقا للمستاجر [illegible] العقد
او الحمل [illegible] الضرب [illegible] التلف [illegible] استحقاق [illegible]
او [illegible] الاستحقاق [illegible] تسليم [illegible] عليه [illegible]
حق للمستاجر [illegible] للاجير [illegible] لاضمانه [illegible] وثانيا بان دفع الضمان انما هو
لو كان حقا للماذون ام لا فلو سلمنا بعدم حق للاجير فى العقد [illegible] كفاه الامر [illegible]
[illegible] وعند [illegible] المقاصد [illegible]
التلف [illegible] الحكم [illegible] المتلف [illegible]
[illegible]
ان [illegible] يترتب عليه الضمان [illegible]
[illegible] بل [illegible]
[illegible] الاخبار [illegible]
[illegible] عليه [illegible]
[illegible] الاجير [illegible]
[illegible] فيه [illegible] الضمان [illegible]
[illegible] مكان [illegible]
[illegible] عدم [illegible] الشيخ [illegible]
الترتب [illegible] والفساد [illegible] يكون متعلق [illegible]
ما ذكرنا من ان الماذون فيه هو قلع الضرس الفاسد لا الصحيح فيكون مضمون
الحديث [illegible] فتدل على ان الحمل الماذون فيه [illegible]
عليه الضمان وان الخطاء تقصيرا او نقص [illegible]
اللهم الا ان يدعى اشتراط الاذن فى الفصد ونحوه [illegible] العلامة فى
[illegible]

في العرف المعتاد مشروطا بالسلامة فالذي تقتضيه الملازمة والقواعد الخارج عن المعتاد منا وبانه خروج عن اذن المالك والأمر وقد يدعى ظهور الرواية في ذلك فتكون شاهدة على صدق ما ادعاه فتدبر في تلك المسئلة وفيه ان دعوى الاشتراط ممنوعة دونا للجزم كما تقدم في تلك المسئلة وكذا دعوى ظهور الرواية في ذلك ويأتي عن قريب مزيد توضيح للمقام في عمل الطبيب والعجب من اختلاف نظر العلامة في حكمي الحجام هنا فحكم ثمة هنا حيث ذهب هناك الى الضمان لما ذكره وهنا الى عدم الضمان وهذا [illegible] اشباهه غير جيد [illegible] الضمان [illegible] مثل [illegible] وقد يستند [illegible] [illegible] الى [illegible] في [illegible] [illegible] [illegible] [illegible] الى اثبات [illegible] الاذن [illegible]
لان استناد عدم المعلول الى الضمان المقتضي اولى من استناده الى وجود المانع وفيه تامل نظرة وجه ترى ملاحظة الموارد التي حكموا فيها بالسبب وكيف كان فالاظهر في المسئلة [illegible] الضمان [illegible] المظنون في بادي النظر [illegible] بالضمان [illegible] [illegible] الماذون في ضرب الدابة للرياضة فضلا عن ضربها للسير المعتاد لانه لا يجد فرقا بين عمل الصانع وعمل الرائض دخولا وخروجا في قاعدة الضمان فيكشف ذلك عن [illegible] بالاذن [illegible] العناء او [illegible] على ضمانه [illegible]
[illegible] الصانع في [illegible] فضمن بالاطلاق او تفريط حتى تلف لا بالتلف وخالف فيه الشيخ في حكي التهذيب فصل بين الامين فلا يضمن وغيره فيضمن وقد تقدم مستنده وضعفه والفاضل في حكي كشف اللثام ففصل بين العارية المضمونة وغيرها استنادا الى الاصل والقاعدة بعد تضعيف ما ورد فيه من النص الناطق بضمان دية المصدوم مع كونه من رؤوس الكرم لانه ان كان متعمدا فعليه القصاص دون الدية وان كان خطاء فالدية على العاقلة واجيب بان مضمون الرواية ضمان [illegible]

دهو [illegible]

الثالث [illegible]

٢٧٦

في ضمان الطبيب

الرابع الطبيب [illegible]

وهو صادق في جميع الصور وروى المشايخ الثلثة عن الصادق عليه السلام في رجل حمل متاعا على راسه فاصاب انسانا فمات او انكسر منه فقال هو ضامن ما اصيب فلو وجد للاصلاح لا بهما المشايخ الثلثة بطرق عديدة منها الصحيح مع اعتضاده بعمل الاصحاب والتردد فيه في المقام وتمام الكلام في باب الديات ولو سقط المتاع عن راسه فكسر ففي القواعد انه وهذا مبني على ما ذكره من الاطلاق دون التلف وفيه نظر ولو كان مأذونا كان في ذلك لم يكن بعيدا الى [illegible] [illegible] [illegible] الحمل [illegible] على بعض الى عدم ضمانه وحمل الخلاف على ما صرح به بعض اهل التتبع ما اذا اذن المريض او وليه في العلاج فمع عدم الاذن لا خلاف في ضمانه كما انه لا خلاف على ما قيل في عدم الضمان اذا اخذ البرائة مضافا الى الاذن وللاجماعات المنقولة على ضمان الطبيب في نسبته الى [illegible] ثم ان مقتضى كلما تقدم واطلاق معاقد الاجماعات وتصريح غير واحد منهم [illegible]
بين مباشرة الطبيب للعلاج باشراب الدواء والغذاء وبين ان يذكر العلاج [illegible] كتبا او قولا لكن الحكم بالضمان في جملة من الصور غير خال عن الاشكال وتفصيل المقام على سبيل الاقتصار هو ان الطبيب اما ان يباشر العلاج كالسقاء والكحال او يصف كيفية [illegible] مباشرة وعلى التقديرين اما ان يكون باذن المريض او وليه او بدون اذنه ومع الاذن اما ان ياخذ البرائة او لا وهذه اقسام [illegible] والاقوى انه ان باشره بلا اذن ولا اطلاق لما هو في ضمانه ولا اشكال لقاعدة الاتلاف من غير معارض الا اذا صادف في المعالجة ولم يعد لقوة المرض فان الظاهر الضمان [illegible] العدم استناد التلف اليه كما هو مقتضى انتفاء الجناية كان الظاهر الرجوع فيه من الاطلاق كلا يهم النائبة المباشرة مع الاذن بدون البرائة والمعروف فيه انه الضمان ملاحظا للحكم استناد الجناية [illegible] فيه مضافا الى الاصالة [illegible] الضمان بعينه واجيب بان الاصل مدفوع بقاعدة الاتلاف وعموم ما دل على ضمان الصانع وللاجماع وخصوص ما جاء في ضمان الطبيب والمستطار من النصوص والاجماعات [illegible] ودعوى ان الاذن ممنوعة لانه انما اذن في الاصلاح لا في الاتلاف فيدخل في قوله [illegible]

الجلي المتقدمة الواردة فى بيان الصانع انا [illegible] لتعاسيلهم [illegible] اليه لفعله
حيث اماد فى باب الضمان فامدتين كلبتين الضمان على اليه بما دونه فيه واقعا ولو كان
ملد سعده او [illegible] فيما هو [illegible] غير [illegible] الى اخذ العلاء [illegible] اثر [illegible]
على مذهب الحلبى [illegible] في بعض الوجوه وامكان ضعفا رنيا وهو ان حمل الاحسان
لا حرج فيه ويعم نفى السبيل الا انه يصادق من العناوين الخارجة وتوضيحه ان الاحسان يحتمل
معنيين احدهما [illegible] الشائع [illegible] لا اليه [illegible] فالاحرج فيه كما فسره به
الشهيد الثانى فى التمهيد ويقتضيه سياق الاية فى اواخر سورة براءة حيث وقعت بعد
نفى الحرج عن جماعة فى الجهاد ثم نفى السبيل على المحسنين فيحمل الاحسان بعنوان
[illegible] ويحمل [illegible] بعنوان [illegible] بسبب التاديب [illegible]
فى [illegible] عنوان التاديب والايذاء [illegible] حيث كونه [illegible] احسان المعنيين [illegible]
حيث كونه ايذاء او اتلافا الى باب ما بالمعنى الاول واحسان بالمعنى الثانى فان قلت
الاحسان بالمعنى الاول [illegible] تخصيص [illegible] لم تدل الاية على عدم الضمان فى المثال المذكور
كما لا يخفى لان الضمان انما يحصل من عنوان اخر لا من عنوان التاديب الذى هو احسان
وكذا فيما نحن فيه بل هنا اولى لعدم الدلالة اذ المفروض حفظا على الطبيب وعدم
اضراره للعلاج الذى هو الاحسان فينفى عنوان الهلاك الذى حصل بفعله سببا للضمان
فيتصور [illegible] مباح [illegible] الضمان فى [illegible] التى هى اعمال [illegible]
وكذا القتل الذى هو [illegible] بشكل [illegible] الحد وقطع عضو المريض
متعرضة لحفظ نفسه ومع تعميم النفى يدل على عدم الضمان فى المثال المذكور خاصة
لا [illegible] اذ [illegible] بالنسبة الى المريض احسان [illegible] السبيل
عليه منهم ولو من حيث عنوان اخر وان قلنا الاحسان بالمعنى الثانى دلت على عدم ضمانه
فى المقام وفى كل مقام ليس فيه حرج على الفاعل لكن تفسير الاحسان بهذا المعنى بعيد
عن [illegible] العرف قلت وكذا [illegible] الاصل [illegible] انه [illegible] الاستدلال بالاية

عنه

على عدم الضمان فى العارية والاجارة والجعالة واشباهها مما الاذن فيها بسبب الاذن
مع ان كل [illegible] داخل فيها بعد ذلك و [illegible] [illegible] الاقتصار [illegible]
فافهم مع ان الاستدلال بها انما يصح لو كان المراد بعدم الحرج هو المنفى المتعلق الموجود
فى الفعل [illegible] واما [illegible] اذ [illegible] هو [illegible]
[illegible] فى [illegible] [illegible] فيه [illegible] لا [illegible]
المعدى [illegible] حيث [illegible] [illegible]
ليس من معانى الحرج بل معناه الكون الفعل ممدوحا او مباحا كما ورد فى بابه فكيف يفسر الاحسان
فى الاية بغيرهما فظهر من جميع ما ذكرنا ضعف مقالة الحلبى وقد وان الاصح هو الضمان كما
هو المشهور وظهر الفرق الواضح بين المقامات التى حكموا فيها بعدم الضمان كالحدود وضرب الدابة
وبين المقام فان الاذن فيها غير مشروط بالسلامة قطعا اما الحدود فواضح واما ضرب الدابة
[illegible] الدابة [illegible] الركوب [illegible] للمستاجر واشتراطه بالسلامة [illegible]
استيفاء المنفعة بها واشتراطه بها ينافى مقتضى عقد الاجارة لانه [illegible] ان يقول اجرتك
[illegible] بشرط ان [illegible] ركوبها [illegible] فيحصل [illegible] المشروط [illegible] العقد [illegible]
[illegible] المنفعة [illegible] فيبطل [illegible]
وعدم القدرة على التسليم كما لا يخفى بخلاف المقام فان الاذن فى العلاج لا ينافيه الاذن فى
مصادفة الاعتقادى فى ظن الطبيب بل فى مصادفة الواقع كما والحاصل ان المستاجر
مادون بمقتضى الاجارة فى استيفاء المنفعة وما يتوقف عليه من المقدمات ولو تلفت
العين [illegible] بالاستيفاء والا لزم فساد الاجارة حيثما عرفت بخلاف الطبيب فانه
[illegible] بالعلاج [illegible] مادون [illegible]
المريض كان [illegible] الفرق [illegible]
الاية المتعارف وبين تاديب الاطفال كل الذى حكموا فيه بالضمان سواء كان فيه
قطعا او وليا بل على الشهيد الثانى دعوى الاجماع عليه فى الولى اذا حصل بتعمد

في كلامهم بالتجاوز عن العادة ليكون الحال فيه ضرب وضرب الدابة مع انه واحد وربما في
اشكال الفرق [illegible] واضعف [illegible] الفرق [illegible]
وهو [illegible] في زمان [illegible] لا فرق بين تأديب [illegible] وتأديب الدابة فوق
النص الوارد في تأديب الطفل عدم الضمان في تأديب الدابة انظم مع انهم قالوا فيه بعدم
ضمان المعلم لان [illegible] في الادمي [illegible]
بان مجرد الاذن لا يرفع الضمان فالاذن في التاديب المتلف لا ينافي سببيته للضمان
بخلاف ضرب الدابة [illegible] الاتلاف فيه [illegible]
عرفت ما اقتضاه الفرق بين عمل الطبيب وضرب الدابة مع المرفق تعرف الفرق بين
المسلمين ومنع اشكال لان ما ذكرنا في معالجة الطبيب ياتي في تأديب الاطفال
هنا فيما ذكروه فيه من الضمان وليس لان المؤدب او غيره مواقع للمعاصي
لان التاديب [illegible] والذي [illegible] فيه [illegible]
ان [illegible] المؤدب [illegible] خطاء كما قلنا في عمل الطبيب [illegible] عليه ضمان [illegible]
[illegible] التاديب [illegible] الدواب [illegible] الضمان [illegible]
الامر السابق لان ضرب الدابة وهو ان الاذن [illegible]
[illegible] التاديب [illegible] كالفصد الذي [illegible] للتلف [illegible] الحاصل
المفعل الذي يتعقبه الهلاك انكان ما دونا فيه [illegible] في نفس الامر لا في نظر الفاعل
وزعمه فهو مما لا يترتب عليه الضمان لاصالة البراءة بعد شمول ما دل على الضمان
[illegible] تناوله لان [illegible] وهو المأذون فيه [illegible] من المباشر وان
قلت ان الضمان انما هو لاحترام مال المسلم فمع اذنه يكون سلب الاحترام مستندا اليه
والموارد التي حكموا فيها بعدم الضمان داخلة تحت هذا الميزان وان لم يكن كذلك يلزم
الضمان [illegible] الميزان [illegible]
واتفقوا انما صدر من الفاعل خطاء في النظر ومن ذلك يلزم ان ضرب المراة اشتر

عن الاستمتاع منه

عن الاستمتاع لاضمان فيه لكونه مرخصا فيه لقوله نعم فاضربوهن لكن المعروف فيه الضمان
بل عن جماعة دعوى الاجماع عليه نعم عن روايات الكتاب والقواعد التردد فيه وكذا
عن المحقق الثاني في الجامع حيث قال والنظر في الضمان مجال واورد عليه في محكي [illegible]
فرق بينه وبين ضرب المعلم للصبي الذي لم يأت المولى بما نهاه قلت الفرق واضح وهو ان ضرب
الزوج [illegible] للمراة استحقه بالعقد فهو مثل ضرب الدابة الذي [illegible]
[illegible]
[illegible] وهو حسن لان [illegible] ضرب المراة بالسلامة بخلاف ضرب الدابة فانه
[illegible]
[illegible]
[illegible]
الاولياء [illegible] لان يفرق بينه وبين ضرب المراة بان ضرب الاولياء [illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
ان تصف الدواء ولم يباشر العلاج فعن التذكرة الحكم بالضمان انتهى ووافقه
[illegible]
[illegible]
[illegible]
والكفاية واستدلوا عليه بعدم الملازمة كلزوم الاصحاب [illegible]
[illegible]
والمرسل عن [illegible]
[illegible]

وفى الكل نظر لان الملازمات الاخبار والاجماعات وكلام الاصحاب يحكى مع شمولها لغير صورة المباشرة [illegible] ما قبل ان [illegible] فى [illegible] كانت بمباشرة [illegible]

والاكثر [illegible] وتملة [illegible] والتمسك بالملازمة [illegible] استقلاله

بالتحيز فى مقابل الاصول والقواعد فلم يبق سوى دعوى اسناد التلف الى الطبيب

وانه اقوى من المباشر وهو كما ترى [illegible] الا [illegible]

فى اعصارنا مع عدم التفصيل ولا فرق بين صور المسئلة بشهادة احوال الناس

والاطباء [illegible] تبينا المعالج [illegible] المعالج نافع

للمرض الفلانى او قال لهذا المرض انا الكل بعد ملاحظة شواهد الاحوال يرجع الى اجتهاد

الطبيب [illegible] بنحو [illegible] للاطلاق فالا مع ما [illegible]

فى جميع [illegible] صور المباشرة وقد [illegible] الاطلاق [illegible]

[illegible] الى الغير [illegible] الواقع ام [illegible]

الاجرة وعدم لما عرفت والملازمة مثل الحلى فى ضمانة كل صانع باخذ الاجر بعد

اولا بعدم صدق الصانع على الطبيب وثانيا بعدم اعتبار اخذ الاجرة فى ضمانة

الصانع اذا الحق [illegible] مباشرة او [illegible] الا [illegible] الاجرة كما اقتضاه

[illegible] عدم [illegible] كما فى الاصل المذكور [illegible]

[illegible] الاصول اللهم الا ان تكون الصحة محققة بتعيين [illegible]

او [illegible] فى [illegible] بدعوى ضعف المباشرة [illegible]

وهو من ومحل تحقيق المسئلة كتاب الديات الخامس لو تلف الخياط الثوب

[illegible] ولا اجرة [illegible]

[illegible] الاجرة [illegible] وهذا مبنى [illegible] ثلثا [illegible]

توقف [illegible] فى العين [illegible] وثانيها ثبوت [illegible] للمشترين [illegible]

[illegible] المبائع [illegible]

فيما مضى

فيما مضى فى مفتاح الكرامة من الايراد فى المقام بان تلف احد العوضين قبل القبض

يوجب الانفساخ فلا وجه لتقويم الثوب معمولا لان العمل يجرى مجرى الاعيان

المعاوضة [illegible] المسئلة فى [illegible] الصانع [illegible]

الاجرة بالعقد لا بالتسليم كما عن الى الشيخ والا لم يستحق الاجرة سواء ضمنه معمولا

او غير معمول وبعد هذه المقدمات فالتحقيق واضح لان العمل تلف قبل قبضه فان

المستاجر بالعقد [illegible] الثوب [illegible] الصفقة الاولى

[illegible] مملوكة له [illegible] قبل التسليم

المستاجر [illegible] الثوب [illegible]

اللازم كالجماد والمكارى لما يناف بيده او بتفريطه لما عرفت الا وله صفات

[illegible] والجمع [illegible]

[illegible] فى جامع المقاصد

[illegible] تدبير الحل من غير

من كون [illegible] والعرف [illegible]

[illegible] المكارى [illegible] فلو [illegible] وفى [illegible] وغير ذلك

مقدمات الانفصال والحفظ كان مضمونا [illegible] عدم الفرق بينهما فى صورة

التفريط وعدمه وتصور ان فى كلمتهما كما لا يخفى الشيخ لو نقصت قيمة الثوب

عن القول فى القواعد ان لو قيمة الثوب فاسد التالى للاذن فى النقص بلا

اجرة اراد ان الا [illegible] لا يوجب شيئا على المتلف سواء ضمنه معمولا او غير معمول

[illegible] والثانى [illegible] الكثرة [illegible]

الثوب الا ان [illegible] باذن المالك لم يضمن [illegible] فلو [illegible] قيمة [illegible]

وقيمة الثوب [illegible] لم يكن [illegible] الدرهم [illegible] معمول وما

[illegible] فى [illegible] الثوب [illegible] غير معمول [illegible]

فللاجرة [illegible] [illegible] ان [illegible] في [illegible]
عن طريقة العقلاء اجبر نفي الاجرة بقول مطلق فافهم السابع قال الحكم في القواعد
وكل [illegible] وكذا لو [illegible] عليه ضمان [illegible] المحمول [illegible] بين تضمينه
اياه بقيمته في الموضع الذي سلمه ولا اجر له وبين تضمينه في الموضع الذي افسده
عليه الاجر الى ذلك المكان قلت والوجه والتخيير واضح عكس في جواهر الكلام وفاقا
في مفتاح الكرامة في الجملة موردا عليه ما حاصله ان الموجر يستحق اجرة الحمل
لان المالك قد وصل اليه ما استحقه بالاجارة وهو الايصال الى المكان المعلوم
[illegible] في العين [illegible] العمل [illegible]
تسليما على الحكم بخلاف الحمل فانه ليس عملا في العين حتى يمنع تسليمه وكذا الذي
[illegible] [illegible] [illegible] [illegible]
[illegible] في موضع [illegible] في مفتاح الكرامة [illegible]
الحكم [illegible] موضع [illegible] [illegible]
[illegible] [illegible] موضع
[illegible] [illegible] [illegible]
[illegible] توقف تسليم [illegible] تسليما [illegible]
الحمل الحكم على تسليمها انك تظهر الدان ما ليس العمل انما هو باعتبار ما يترتب عليه
الفائدة والاثر فقابل الاجرة حقيقة هو الاثر وان كان متعلق العقد هو العمل
[illegible] التسليم [illegible] [illegible]
[illegible] وجود [illegible] وهذا من آثار [illegible]
المقام الحكم كاللخمي واما الزيادة التي في مفتاح الكرامة من عدم الاعتبار بموضع
ولو كان [illegible] موضع التلف [illegible]
التلف في [illegible] القيمة وقد تقدم [illegible] مسألة

المستاجر من

المستاجر [illegible] في [illegible] [illegible] موضع الحمل [illegible] النصب
لا عوى الى الحكم وعليه العلامة في بعض كتبه لا موضع التلف وههنا فروع اخر ذكرها
في [illegible] مع [illegible] المسئلة السادسة [illegible] النفقة [illegible]
[illegible] [illegible] كان الشيخ في [illegible] وعليه الفاضل في القواعد
الحواشي والروض وعن المعتبر نسبته الى الحكم لكن في مفتاح الكرامة انا تتبعنا كلام الاصحاب
من المقنع الى [illegible] قبل الشهيد [illegible] ذكرنا والاصح ما عن [illegible]
التذكرة و[illegible] [illegible] [illegible] [illegible]
[illegible] قال في [illegible] والمختلف والمسالك [illegible] جميع [illegible]
المنافع [illegible] انما يقتضي [illegible] دون ما سواها [illegible]
سوى الاجرة الواقعة في مقابل العمل [illegible] الاولين رواية سليمان بن سالم الجهني
[illegible] [illegible] [illegible] قال سألت
ابا الحسن عليه السلام عن رجل استاجر رجلا بنفقة ودراهم مسماة على ان يبعثه الى ارض فلما
ان قدم اقبل رجل من اصحابه يدعوه [illegible] له الشهر والشهرين فيصيب منه ما ينفق
من نفقة المستاجر فنظر الى ما [illegible] ينفق عليه في الشهر اذا هو لم يدعه [illegible]
عوه فمن [illegible] المكافات ام مال الاجير ام مال المستاجر قال ان كان في مصلحة المستاجر
فهو من ماله [illegible] على الاجير [illegible] رجلا بنفقة [illegible] ولم يفسر شيئا
معتمرا الى ارض اخرى فما كان من مؤنة الاجير من غسل الثياب او الحمام فعلى من قال على
المستاجر [illegible] الراوي [illegible] انه صريح
[illegible] النفقة [illegible] في الاجير شرطا او شطرا واحلاه [illegible] عوده
وربما اورد عليه [illegible] لم يدل [illegible] وقد [illegible]
لما [illegible] عمل الاجير [illegible] [illegible]
[illegible] ومنه ان النفقة [illegible] العمل المستاجر [illegible]

اجرته ولو فرض التوقف عليه فلا حكم لنشرائه وتنقيح المسئلة يتوقف على بيان امور الاول
ان ظاهر الكتاب كالقواعد انه لا كلام للاصحاب في جواز الاستيجار للانفاق في جواهر
على وجه الاجمال فيه بعض اهل التتبع الى علماء الاسلام واعترف به بعضهم ايضا ناقلا
مستدلا عليه بالعمومات والروايات المذكورة الظاهرة في الاكتفاء بمثل ذلك في دفع ما
في الاجارة وان دققت [illegible] فضلا عن مناقشات [illegible] والتحقيق ان الاستيجار
لو ان رجع الى الاجير الخاص بان يستاجره في وقت مضبوط لكل ما يقدر من الانتفاع
الجهالة بالاستحقاق في الاستحقاق والنكات الذي يختاره المستاجر من منافعه فيه معلوم
[illegible] ولم يظهر [illegible] حكم تعبد مخالف [illegible] بانه لا تهويات [illegible]
[illegible] بين الناس [illegible] كما في [illegible] الكلام كما [illegible]
فقد [illegible] الصورة الاولى الثاني [illegible]
كلام في قبول النفقة للاشتراط وفي صلاحيتها لان تكون اجرة فان كانت تمام الاجرة
او نصفها [illegible] وصفها [illegible] ان وصفها [illegible]
وان كانت [illegible] به في اعتقاد [illegible] انه غير [illegible]
الاساس الحيطان وعروق الشجر في البيع وقيل بالبطلان وان اساس الحيطان وعروق
الشجرة غير [illegible] في البيع [illegible] مقصودة [illegible] وهو [illegible]
في ملحقة الكتاب ما قلت وتحقق هذا يطلب من باب البيع في اعتقاد الجهالة في التوابع
[illegible] الاعتقاد [illegible] الاعتقاد [illegible] التعيين والاعتقاد في غير المقصود
بالذات وكلمات الاصحاب في غاية التشويش والاضطراب في المقامات المختلفة ففي
[illegible] في باب البيع كان الجهالة في العوضين [illegible] وكذا في صفاتها [illegible] البيع
[illegible] بالبيع وصرح هنا [illegible] وقال [illegible] لو قبل [illegible]
من البيع فالحق [illegible] الشرط ولا [illegible] انه تابع [illegible] هنا
ثم انه لو جعلت النفقة جزء من الاجرة اعتبر التعيين قولا واحدا ولا يخفى تنافي هذا مع
ما في الدروس

في الدروس والذي يظهر منهم في جميع ابواب الفقه كالوكالة وعوض الخلع والصداق الى امورها ٦١٤
مما فهم على عدم الجهالة استنادا الى الغرر المنهي عنه ومع ذلك كيف يطمئن في الخروج عن اصالة
الفساد بمثل عموم ادلة الشرط الموهونة [illegible] والذي يقتضيه النظر البطلان في الجهالة
في الشرط الا اذا كانت الجهالة مما تقتضيها العادة فان العرف في مثله لا وجود له عرفا ولا حكم
له شرعا وتمام الكلام في محله الثالث لو تشاح المستاجر والاجير في النفقة ففي القواعد
فله اقل مطعوم مثله وملبوسه وقالوا انه لو تشاحا في الجنس وجب الرجوع الى العادة وقيل
فيهما بما في نفقات الزوجات وايضا قلت بناء على اعتبار التعيين [illegible] الجهالة
[illegible] ذكره [illegible] بناء على مختاره من لزوم النفقة [illegible] المستاجر [illegible] في صورة الاشتراط
فان صرح فيهما بلزوم التعيين فيهما فكل جهة في القواعد وان خالف في ما ذكره وح والاقرب
[illegible] العادة [illegible] والاكتفاء [illegible] النفقة كما في [illegible] ولا [illegible]
الزوجات لان المناط فيهما لو ضبط العادة في حال يستحقها والالتزام به هنا فيشكل وان كان
عبارة [illegible] مقتضاه ان يعطي الجليل المعتاد با كل [illegible] عند غير اللطيف [illegible]
زيادة [illegible] ولا [illegible] به [illegible] من الاعتبار فان فيه
غيهما [illegible] المستاجر [illegible] نعم [illegible] بانها على الاجير شرطهما في العقد على المستاجر
قلنا باغتفار الجهالة هنا كانت الحوالة فيها [illegible] على مقتضى الاجراء الاجرة
هذا [illegible] الاغتفار [illegible] العقد بناء على فساده [illegible]
نعم [illegible] استثناء [illegible]
المستاجر عليه ولعل وجهه ان استغراق العمل لتمام الوقت قرينة على كون المؤنة
على المستاجر [illegible] عليه [illegible]
[illegible] الاستثناء [illegible] بشهادة [illegible] على الاستثناء كالاستثناء [illegible]
والنوم [illegible] والفرق بين الوجهين ان الاول يرجع الى الشرط الضمني المستفاد
من شهادة الحال عند [illegible] يرجع الى الحكم الشرعي [illegible] غصبا

في للمستأجر ويحتمل فساد الاجارة لعدم القدرة على التسليم فلو باعتبار بعض العمل بناء على
ان عدم القدرة على البعض يوجب بطلان تمام العقد [illegible] في معقود
كما هو القاعدة كان للمستأجر خيار التبعض مع الجهل دون العلم هذا كله في تنجيز المعارضة
للعقد ولو طرء في الاثناء بطل العقد بالنسبة الى زمان الاباق وصح في الباقي مع خيار
التبعض بما او مدة كما [illegible] في الاثناء [illegible] كانا [illegible]
او فعلا كان [illegible] المولى [illegible] كما في القواعد [illegible] التحرير والمختلف ومقتضى
انه لو قصر السعي عما [illegible] بعد العتق [illegible] انواع العبد [illegible] باذن مولاه وان
مورد [illegible] في [illegible] عدم الفرق بينهما [illegible] في ضمان
وعدمه وعن النهاية والكافي والروض ومجمع البرهان والارشاد ضمان المولى من غير تقييد له
بكسبه وعن الحلي وجامع المقاصد عدم الضمان مطلقا حتى في سعيه ثم ان كان الجناية على المعتق
حال تعلقه [illegible] للمولى [illegible] ان كان [illegible] والمجني عليه [illegible]
على ما هو المقرر في محله [illegible] جناية العبد ان كان [illegible] بعد [illegible] كما في غير
الاجارة [illegible] التفصيل بين تفريط العبد [illegible] بعد العتق وعدمه فيه المولى
[illegible] الاختلاف [illegible] في المسألة من الروايات للقاعدة مع الاختلاف
فيما بينهما [illegible] مولاه شيء و
ليس لهم ان يبيعوه ولكنه يستسعى فان عجز فليس على مولاه شيء وعن الشيخ في [illegible] عن
ابي عبد الله ع قضى امير المؤمنين ع في رجل كان له غلام استأجره منه صانع او غيره
قال ان كان ضيع شيئا او ابق منه فمواليه ضامنون فمنهم من عمل بها [illegible]
كالمصنف [illegible] الى الصحيح الاول [illegible] كالشيخ وابي الصلاح [illegible] الحسنة
الثانية [illegible] العبد [illegible]
جامع المقاصد والعلامة [illegible] انها [illegible] الاجارة [illegible] وهو تعلق الجناية في
[illegible] واما الثاني [illegible] ضمان المولى [illegible]

بعد العتق

بعد العتق

[illegible] الاستفادة [illegible] موافق [illegible]
من العبد المتلف ضامن بحكم قاعدة من اتلف لكن [illegible] السعي في ذلك لان [illegible]
الغير فيتبع به بعد العتق ومنهم من قال ان مقتضى القاعدة [illegible] وهو خير
الاقوال في المسألة [illegible] الروايات [illegible] عموم من اتلف قاض بضمانه مطلقا
حرا كان او عبدا ومقتضى الضمان وجوب السعي [illegible] الخروج عن العهدة لكن العبد
معذور [illegible] المولى [illegible] في العمل المترتب عليه التلف [illegible] كان [illegible]
قوة استقلاله [illegible] المانع عن وجوب السعي عليه فيجب عليه لوجود المقتضي وهو
الاتلاف وارتفاع المانع فضمانه في كسبه على القاعدة بخلاف صورة التفريط فان
حق المولى هنا [illegible] فيمنع عن وجوب [illegible] السعي [illegible]
المولى كما لا يخفى وضمان كسب العبد [illegible] لمولاه فعدم وجوبه عليه ليس لمانع هو المولى
بل لعدم المقتضي اذ الضمان لا يقتضي [illegible] في اموال الناس [illegible] تطبيق
الصحيح على القاعدة غير ممكن لان مقتضاها ما قال الشيخ وهو ضمان المولى دون تقييده
بالكسب [illegible] على تحقق التسبيب منه في المقام [illegible] والمحقق الثاني في [illegible]
منهم [illegible] فالقول بالضمان في كسبه غير مطابق لها قطعا واما الحسن فتطبيقه على القاعدة
[illegible] ممكن [illegible] اجارة [illegible]
مباشرة العبد ضعيف في جنبه لكونه مأمورا بالعمل المترتب عليه التلف قهرا وهذه
المسألة [illegible] في باب [illegible] والمستفاد [illegible] هناك [illegible]
[illegible] اقوى سبب التلف المترتب على المأذون فيه ومنه المقام [illegible]
[illegible] اقسام قوة [illegible] المباشرة [illegible]
في المقام باسناد التلف الى المالك الموجر مع عدم تفريط العبد فيضمن في ماله
[illegible] لكن [illegible] القاعدة [illegible] عن الصحيح
لما عرفت من خروجه عنها وهو متكلف لاعتبار سنده ووضوح دلالته وتلقيه [illegible]

الفاضلين له بالقبول ولا يضر عدم عمل الحلي به بناء على اصله واما المحقق الثاني فقيل
انه لم يطلع عليه حيث اقتصر على الرواية الحسنة وحملها على ما اذا فرط العبد بان تعدى
وكذا العلامة في المختلف والتمهيد في لك ومجمع الفائدة والمفاتيح فانهم ايضا لم
يتعرضوا للصحيح واقتصروا على الحسن ومن عرف طريقة المحقق الثاني علم انه لا يتحاشا
عن طرح الاخبار في مقابل القواعد المتقنة او ارتكاب التاويل فيهما حتى يرجع اليها
الا ترى انه ارتكب التاويل في الرواية الحسنة حيث حملها على صورة تعديه ونحن لا
عذر لنا في الاعراض عن روايات المسئلة فلابد من العمل بها وان كان فيه خروج
عن قاعدة لكنهما سار منهما لابد من ابقاء احدهما الى الاخرى فيما هو يحملها
باطلاق ويحمل الاخر نساء في الصحيح المثال او على دفع توهم الخلف
واحتمال وجوب ضمان المؤجر بناء على انه غير كسب عبد الاجير فيكون انهما احتاج
الشيخ في النهاية من ضمان المولى بلا تقييد ابن بتقييد العلامة بالصحيح كما تقدمه
الفاضلان فيضمن في كسبه فاسترة وان تبين لا يخفى على الناس حمل على
على الظ تنزيل الطلاق على الاتلاف من دون تفريط مضافا الى التنزيل على خصوص
الاتلاف للمال فينطبق ح ممتاز لكن هذا اظهر من الاول طووقت بقاعدة المطلق
والمقيد ويمكن تنزيل الاول المطلق والعلامة ومن قال بقولهما الظ على خصوص الاتلاف
المالي الناشي عن المعقود دون التقصير والتفريط فيظهر من جميع ما ذكرنا ان في المسئلة مسلكين
احدهما التحمل على النصوص الاعراض عن القاعدة فيحكم بضمان المولى مطلقا او مقيدا بكسبه على
الوجهين والثاني الطرح او التاويل والرجوع الى ما تقتضيه القاعدة في ضمانة العبد
فتعين المصير الى اختيار الحلي وجامع المقاصد ونظر هذا الخلاف وهذا الترديد وقع منهم في
مسئلة ارتكاب المولى عبده جناية الغير وحصل منها الاتلاف فراجع والمطلب الحق هنا
على ما حققناه هنا الثامنة صاحب الحمام لا يضمن ثياب الناس الا ما اودع عنده وفرط
في حفظه او تعدى فيه بلا خلاف ولا اشكال للاصل وقاعدة الامانة ويضمن ما به

فيرف هذه

فيرف الاخبار منها خبر السكوني عن جعفر عن ابيه عليهما السلام ان عليا كان يقول لا ضمان
على صاحب الحمام فيما ذهب من الثياب لانه انما اخذ الجعل على الحمام ولم ياخذ على الثياب
وخبر ابي البختري عن جعفر عن ابيه عم ان عليا كان لا يضمن صاحب الحمام قال انما ياخذ
اجرا على الدخول الى الحمام وظاهرهما انه لو اخذ الجعل على حفظ الثياب كان ضامنا
قد افتى بذلك الحلبي في محكي السرائر مع عدم عمله باخبار الاحاد وهو مشكل لان الاجرة
ابتداء عن ثبوت ضمان العامل الا ان يجعل ضمان الزائد دليلين على ضمان العين لمنافاة
بالشرط لا انه مع ما نحن فيه من باب واحد كما لو دفع ثوبا الى القصار واشترط عليه ضمانه
ضمانه لو هلك او يحمل الضمان المستفاد من منطوق الاول ومفهوم الثاني على عدم استحقاق
الاجرة حيث لم يسلم العمل المستاجر عليه او يخرج ذلك من التاويلات التاسعة اذا اسقط
الاجرة بعد مقتضيا في الذمة من نوع المنفعة المعينة كمنفعة هذه الدار
وهذه الدابة او غيرهما من الاعيان الجزئية الخارجية لم تسقط لان الابراء لا يتناول
الا ما هو في الذمة فافترقت المسئلتان لكن يرد هنا سؤال الفرق بين الاجرة والمنفعة
مع ان الجزئية والكلية متصورتان في كل واحد منهما والابراء يتعلق بالكلي الثابت في الذمة
اجرة كانت او منفعة كمنفعة دابة كلية او عبد كلي او عمل له يتعلق بالجزئي
الخارجي المشخص كما لا يخفى العاشرة اذا اجر عبده ثم اعتقه لم يبطل الاجارة وحكي
عن بعض الشافعية البطلان ولم يعلم قائله منهم ويستفاد الوجه فيه ما ذكر في بطلانها بالبيع
لبيع من المستاجر لان العتق مثل البيع في ذلك وقد مضى في اوائل الكتاب مع جوابه ويتوفى
المستاجر المنفعة التي تناولها العقد كما لو باع العبد باجرة مثل عمله وقيل كما في
ولبعض اصحابنا انه يرجع باجرة مثل عمله الى مولاه المعتق لان زوال الرق يقتضي
ملك العبد منافعه التي منها ما فوته مولاه عليه بالاجارة في حال الرق امضاها
الشرع وفيه ان زوال الرق انما يقتضي ملك المنافع التي لم يملكها غيره قبل الزوال وبعد وقوع
صحة الاجارة السابقة لا يبقى منفعة باقية لملك العبد ثم لو قيل ان العتق يقتضي

ان سبب الولاية انما هو قصور المولى عليه عن النظر في امره وفي ماله ومثل هذا المال
لا قصور لديه فهو مقتضى [illegible] عليه فيهما بما يتضمن ذلك بالكلي المنقطع
للولي ان يزوجها في المدة التي يعلم بلوغها فيها بلا اشتراط نحو واحد ان تكون المدة شاملة
لشيء من زمان البلوغ لانها قبل البلوغ غير قابلة للاستمتاع فلا يؤثر فيها النكاح
بان التزويج دائما او منقطعا ليس تمليكا لمنافعها للزوج الذي ليس منها
الملوك عليه الاجارة في المنقطع الا انه ليس على وجه الحقيقة بل على ضرب من التشبيه
في بعض الاحكام مثل توزيع الاجرة على المدة وليس توزيعها عليها في النكاح على
الارقام [illegible] في الاجارة [illegible] التزويج [illegible] بينهما [illegible]
فهو تصرف في نفس الصغيرة يثبت جوازه للولي دائما او منقطعا فلا يكون نقضا على ما ذكروه
هنا من بطلان الاجارة بالنسبة الى زمان البلوغ ومثله الجنون وساير اسباب الولاية
فليس للولي اجارة ماله في الزمان المصادف للكمال مستقلا او منضما نعم لو اقتضت المصلحة
الاجارة كذلك [illegible] بحيث يكون [illegible] زمان البلوغ او [illegible] حفظا
[illegible] بحيث [illegible] بالاجارة [illegible] على [illegible] بعد البلوغ
نظيره في اجارة ناظر الوقف فرقا بين ما اذا اقتضت مصلحة الوقف ان يوجر الى
البطن الثاني فيصح ويمضي [illegible] الان التامل الصادق في المقام لا
دون المنافع المستفادة [illegible] زمان البلوغ [illegible] عليها [illegible] مصلحة
[illegible] الصغير [illegible] عليها [illegible] باب
حفظ مال الصغير واجب والتصرف في مال الكبير فيقع المزاحمة هنا بين الواجب والحرام
[illegible] في [illegible] وليس شيء كالاول
يقتضي بل الوجه هو ما ذكرنا فان توقف حفظ مال المولى عليه على ما لا ولاية له عليه
لا يوجب له الولاية عليه بل يسقط التكليف بعد الامكان لا للتوقف على
[illegible] كما [illegible] واما اجارة ناظر الوقف [illegible] ولعل هذا

هو الذي

هو الذي [illegible] في باب الحكم [illegible] [illegible] بعد
الوقف فهي مقدمة يجعل [illegible] مع [illegible] فبعد [illegible]
مثلا على الاجارة الى البطون اللاحقة وجب على الناظر لوجود المقتضي وعدم المانع
واين هذا من التصرف في مال الكبير مقدمة لحفظ مال الصغير هذا كله في المتيقن كونه
من زمان بلوغه ولو كان [illegible] في بعض مدة الاجارة محتملا [illegible] الزمان المحتمل
من [illegible] العقد [illegible] ولو اتفق البلوغ [illegible] البلوغ [illegible]
الصبي [illegible] بالاحتلام [illegible] مثلا [illegible]
[illegible] الحلاوة والسراية [illegible]
الصحة ولانه كان [illegible] تصرف للمصلحة [illegible] ثم بلغ [illegible]
[illegible] عليه هنا [illegible]
[illegible] بان الاصول والامارات الظاهرية تقوم مقام الموضوع الواقعي
[illegible] ثم [illegible] هناك [illegible] في الاحكام [illegible]
بالاجارة في الاحكام [illegible] ثم [illegible] الاجارة [illegible]
[illegible] ولا [illegible] قدر من الزمان واحد
[illegible] القواعد [illegible] انقضاء الاجارة فحكم ببطلانها
[illegible] ويمكن ان يرجع الى هذا [illegible] في الارشاد حيث [illegible]
الاجارة [illegible] الصبي [illegible] للصورتين [illegible] بالبطلان في [illegible]
كان [illegible] الصورة الاولى [illegible] الصبي [illegible] بلوغه قبل
انقضاء [illegible] التعيين [illegible] الاختلاف فيها [illegible]
دون الفساد [illegible] لكن [illegible] عام لهما فان حمل عليه احتمل ان يكون
[illegible] بالبطلان [illegible] فيها [illegible]
[illegible] الفساد [illegible]

عن كون الاجارة السابقة فضولية لمصادفتها الحرية واقعا فلا ينفذ عليه بعد عتقه كالاجير لكن مقتضاه سلطنة العبد على الامضاء والفسخ فان امضى استحق الاجرة على المستاجر دون المعتق وان رد فلو عمل يستحق به الاجرة و على التقديرين لا معنى للرجوع بالاجرة على مولاه والاحتمال المذكور ضعيف لان المنافع تابعة للعين فى الملكية بل ملكيتها مبنى ملكية العين لوجود ما المغايرة بينهما اعتبارية وقضية التبعية سلطنة المالك على المنفعة المستقبلة ونفوذ تصرفه فيها سواء بقيت ملكية العين على حالها او زالت بعلة من النواقل وقد سبق توضيحه فى اوائل الكتاب فى بيع الدار المستأجرة وانه لا يوجب بطلان الاجارة فلا اشكال ولا خلاف فى عدم الرجوع ابدا الا اشكال والخلاف فى نفقة العبد بعد العتق ففيه اقوال احدها انها على العبد استصحابا للحالة السابقة ولانه كالباقى فى ملكه حيث ملك عوض نفعه وعمله اختاره العلامة فى عدة من كتب الشهيد فى حواشيه ونسبه فى مكل الى بعض وثانيها انها على العبد لان المقتضى للانفاق عليه سابقا كان هو الملك وقد زال فلا ولا استصحاب بعد انقلاب الموضوع لا سيما فيقتضى بان يكون على العبد تسليم العمل واجب عليه والنفقة من مقدماته فتجب عليه من باب المقدمة نسبه فى محكى التحرير والثالث انها من بيت المال لانه لم تكن فيما الناس كفاية كما فى كره والحواشى وباب المقاصد وايضاح النافع وكذا فوائد الكتاب المحقق الثانى ولا فرق فى الاقوال بين ان يكون العبد قادرا على نفقته ام لا خلافا لبعض مشايخنا حيث جعل محل الخلاف ما اذا لم يكن قادرا عليها واستدلوا على الثالث بانها ليست على المولى لزوال ملكه المقتضى بالانفاق ولا على العبد لاصل مع عدم المقتضى ثم يجب عليه المحافظة عن الهلاك وايضا هذا وجوب النفقة والمقدمية لا يقتضى ايجاب ازيد من ذلك وما قيل انه يعنى نفقته وجعلها ثمن البيع على المستاجر مستندا الى كونها على المستاجر وهو باطل بالاجماع المحكى عن الايضاح النافع

مفتقرا لكون

مفتقرا الى كونه قولا بالتشهى وترجيحا بلا دليل فتعين ان يكون من بيت المال نعم لو قلنا بانها على العبد ولم يكن له ما يمون به كان له الاستقراض فى المؤنة على النحو المتعارف المعتاد اللائق بحال امثاله وليس للمستاجر منعه لان نفقة الانسان مقدمة على جميع الحقوق والواجبات اذ هو من مقدمات بقاء النفس والتحفظ عن الهلاك والاثم جميع التكاليف والفرق ان دائرة هذا اوسع من المقدمية فلا يجب عليه الاقتصار على اقل ما يندفع به الضرورة كما هو مقتضى قاعدة دفع الضرر وقاعدة المقدمية المشار اليها والسر فيه ان المولى لم يكن له ان يوجره كذلك فكيف يتحقق ويتلقى المنفعة ازيد مما هو لمولاه وقد تقدم انه لو تشاح الموجر والمستاجر فى النفقة الواجبة عليه اصالة او بالاشتراط يرجع الى اقل عادة مثله لا الى مقدار سد الخلة وحفظ النفس عن الهلاك لكن يسهل الامران وجوبها على العبد ضعيف قولا وقائلا والاكثر انها من بيت المال لكن الذى يقوى فى النظر هو ما اختاره العلامة من وجوبها على المولى لا لما ذكر بل لان مقدمات تسليم المنفعة واجبة على الموجر وهذا لا يناط بالملكية حتى يزول بزوالها فالاصح هو القول الاول والله العالم ولو اجر الوصى وغيره من الاولياء صبيا مدة يعلم بلوغه فيها كما لو كان عمره عشر سنين او اجره عشرا بطلت فى المتيقن وهى الحصة المتاخرة بلا خلاف ولا اشكال لانها وقعت على ما ليس له ولاية عليه ومعنى البطلان هو التوقف على الاجازة لو لم يشترط فى الصحة الفضولى وجود مال العقد ودعوى ان المنافع المتاخرة كلها محكومة بملكية الصبى فعلا حال صباه لان ملكيتها تابعة للاجارة وصح تمليكها للغير فلولا ان المنافع الملازمة فعلية لم تصح لكونها معدومة غير قابلة للمعاوضة مع المال فثبت ان منافع الصبى انه ينبغى عموم الولاية مدفوعة بمنعها اولا وان عدم صحتها فى منافع بدنه والكلام هنا بمنع كونها اموالا للصغير فعلا بل هى اموال الكبير الذى لا ولاية لاحد عليه مع ان عموم الولاية لمثل هذا المال غير ثابت فيرجع فيها الى اصالة عدمها فمعنا ان الاظهر هو البطلان وعدم الخلاف ذلك التصرف قبل البلوغ

ن [illegible] الولاية انما هو قصور المولى عليه عن النظر في امره [illegible] ومثل هذا [illegible]
لا قصور [illegible] مقتضى [illegible] عليه فيهما [illegible] فلا بد [illegible] المنقطع [illegible]
للولي ان [illegible] في المدة [illegible] يعلم [illegible] فيها [illegible] غير واحد ان تكون المدة ثابتة
لتمتي من زمان البلوغ لانها قبل البلوغ غير قابلة للاستمتاع فلا [illegible] فيها النكاح [illegible]
باب التزويج [illegible] او منقطعا [illegible] تمليكا لمنافعها الذي [illegible] منها [illegible]
المولى عليه الاجارة في المنقطع [illegible] الحقيقة بل [illegible] استثنيه والله
[illegible] مثل تزويج [illegible] مع [illegible] ليس [illegible] النكاح [illegible]
الاجرة [illegible] الاجارة [illegible] التزويج [illegible] بينهما [illegible]
فهو [illegible] بصيرة [illegible] للولي [illegible] فلا يكون [illegible] ما ذكره
هنا [illegible] الاجارة بالنسبة الى زمان البلوغ ومثله الجنون وسائر اسباب الولاية
[illegible] الاجارة [illegible] الزمان [illegible] مستقلا او منضما [illegible] المصلحة
الاجارة كذلك [illegible] بحيث يكون [illegible] زمان البلوغ او العقل [illegible]
[illegible] بعد البلوغ [illegible]
بنظيره [illegible] اجارة [illegible] مصلحة [illegible] ان [illegible]
[illegible] الان [illegible] لا [illegible]
[illegible] المنافع المتعددة [illegible] لزمان البلوغ [illegible] مصلحة
[illegible] الصغير [illegible] فعلا [illegible] عليها [illegible] بان
[illegible] الصغير واجب [illegible] الكبير فيقع المزاحمة هنا بين الواجب [illegible]
والثاني [illegible] في [illegible] نفسه وليس [illegible] كالله
[illegible] بل [illegible] عليه [illegible] مقدر
[illegible] بعد [illegible] مكان [illegible]
[illegible] الاجارة [illegible] الوقت [illegible] بعضهم

هو الذي

هو الذي [illegible] في باب الحكم [illegible] الملك [illegible] بعد [illegible]
الوقف [illegible] فبعد [illegible] الوقف
مثلا [illegible] الاجارة الى البطون اللاحقة وعبث [illegible] المقتضي [illegible]
[illegible] المقتضي [illegible] فحفظا [illegible] هذا [illegible]
[illegible] ولو كان [illegible] في بعض [illegible] الاجارة محتملة [illegible] الزمان [illegible]
[illegible] العقد [illegible] ولو اتفق البلوغ [illegible] البلوغ [illegible]
الصبي [illegible] بالاحتلام مثلا [illegible]
[illegible] الحلول [illegible]
الصغير ولانه [illegible] كان [illegible] ثم بلغ [illegible] بالعقد
[illegible] يحتاج [illegible] عليه هنا [illegible]
[illegible] الظاهرة [illegible] الموضوع [illegible]
[illegible] المقصود [illegible] هنا [illegible]
[illegible] في الاحكام [illegible] الاجارة [illegible]
[illegible] ولا [illegible] فقد [illegible] واحد [illegible]
[illegible] القواعد [illegible] يعلم [illegible] الاجارة فحكم [illegible]
[illegible] ويمكن ان [illegible] الارشاد حيث [illegible]
الاجارة [illegible] الصبي [illegible] للصورتين [illegible] بالبطون في الثانية [illegible]
كان [illegible] الاولى [illegible] بلوغه قبل
[illegible] التعيين [illegible] فيهما [illegible]
[illegible] لهما فان [illegible] ان [illegible]
[illegible] فيما [illegible]
[illegible] الفساد [illegible] فيما [illegible] الاجارة [illegible]

كما ان الاشكال المذكور مندفع بان الاجارة فيما نحن فيه وقعت في الكل المواقف للاصل سليمة عن الغرر والجهالة واحتمال بلوغه في الاثناء الموجب لجنابته لتضمن للوجوب غير ايضا حين وقوعها ولهذا بخلاف استيجار العبد مدة يعلم موته قبلها فانما حين وقوعها غير قابلة للتسليم لعدم سلامة تمام المدة لتمام الاجرة يبقى شيء وهو ان العبارة فيما [illegible] خلاف ما شرحنا بما به [illegible] من الصحة [illegible] البلوغ والخيار كذلك فهو غيرها فيها به وفاقا للكل او الجل والثمرة بين الصبيين لا تكاد تخفى [illegible] الحادية عشر انه [illegible] لم يضمنه صغيرا كان او كبيرا حرا كان او عبدا بلا خلاف [illegible] المسالك انه موضع وفاق وفي المفاتيح اجماع المسلمين [illegible] ثابتة في العبد [illegible] في اصل المسئلة [illegible] موضع الخلاف [illegible] او استيجر [illegible] الاجارة في عدم ضمان [illegible] منها [illegible] قاعدة الامانة القاضية بعدم الضمان [illegible] التعدي والتفريط [illegible] الحر [illegible] تحت اليد [illegible] بعيد [illegible] تسبيبا ومباشرة [illegible] في ضمان الاتلاف فلو كان الاجير عبدا [illegible] العمل [illegible] ما ذكر [illegible] المستاجر [illegible] لم يكن غاصبا [illegible] في الذاب حيث قررنا ان العين المستاجرة في يد المستاجر بعد انقضاء زمان الاجارة وذكرنا الخلاف والاشكال في كونها امانة ورجحنا فيه ما رجحنا فراجع المسئلة في بيان قاعدة الامانة في شرح قول المص واما العين المستاجرة امانة في يد [illegible] الثانية [illegible] يضمن فيما عملا [illegible] المتلف من [illegible] العمل [illegible] العقار [illegible] كما عن التذكرة والتحرير [illegible]

الثاني

[illegible] في محل الخلاف بعد ان نقله [illegible] بالعمل [illegible] الاجرة في الاول سواء كان العامل معروفا [illegible] الاجرة ونقلها [illegible] فيه ما يقتضي بظاهر كلامه وقريب منه قال في مجمع آخر الكلام في موضعين [illegible] ان ضمان الاجرة في الاجارة والجعالة الفاسدتين من المسلمات بينهم مع انه [illegible] مخالف لقاعدة الضمان لان سببه اما عقد صحيح او شيء من اسبابه [illegible] الاتلاف بقيمته شيء منها [illegible] لان العقد [illegible] اليد [illegible] غير معقول في الاعمال الا في اعمال العبد فلم يبق سوى الاتلاف وهو كما ترى غير مستند الى المستاجر والجاعل لان المباشر اقوى ودعوى كونه [illegible] من الاجارة والجعالة [illegible] لعمل العامل [illegible] في عدم ضمانها [illegible] في امثال [illegible] عن الجهل بالحكم الشرعي ومثله بعيد عن التسبيب الذي هو السبب في ضمان المغرور [illegible] استحقاق العامل الاجرة في [illegible] من [illegible] باب الجعالة كما صرح به غير واحد ومع التقديرين هي فاسدة لعدم تعيين الاجرة نعم كان مقتضى ضمانها في كلامهم بعد الفراغ عن تعينها الحجة [illegible] استحقاقه الاجرة [illegible] في الموضعين [illegible] والحواشي والمسالك [illegible] الاجرة المسماة اي المفروضة من جانب العامل لمثل هذا العمل فاشكل بعض في المقام اصل [illegible] في محله والتفصيل [illegible] كان العمل [illegible] لعدم الوجوب من العقد [illegible] امكان دعوى [illegible] القطع بعدم الفرق بين الصورتين كدعوى الاجماع على اصل الضمان لان [illegible] الشخص يجعله [illegible] تحت اليد مع استنكاره عند العلماء والعقلاء [illegible]

الى الان فاحدهم بدخول عمل انسان تحت يد انسان الا تبعا للعين كالعبد مع
فيه الحكم من المنع اما الواضح لان ضمان عمل العبد للعبد تبعا بل للاستيفاء الذى [illegible]
الى الاتلاف ثم مناقح آثار الفائتة يقولون انها مضمونة على غاصبها ضمان اليد لكن
العمل المستوفى من الحر والعبد فالضمان فيه مستند الى الاتلاف دون اليد كما لا يخفى
[illegible] فيما من الاشكال فى اسئلة [illegible]
هذا وفى الاجارة والجعالة الفاسدتين لان الالتزام بالاشكال والاعراض بالنجى
عن الحلاوى من رفعه بالاجماع المعلوم عدم استناده الى التعبد على خلاف القاعدة
والحاصل ان [illegible] الاعمال بين [illegible] احد العنصرين [illegible] غالبه معو
مضبوطة صعبة وفى هذه ثم ما ذكروه من ضمان الدافع او انه للاجرة لان الدفع
الامر [illegible] او الى معاملات الاجارة [illegible]
بالنص والاجماع فالضمان فى المسئلة ضمان عقدى وفى غير هذه الصورة تشكل
الضمان لما عرفت والظاهر كما صرح به بعض مشايخنا قده مصرا عليه ان الضمان فى
[illegible] العقد [illegible] فى انعبا
[illegible] الا ان يدفع [illegible] وانه من المنة
من الاعمال وغيرها انما يكون بالاستيفاء فلو عمل العامل بغير دفع السلعة ولو امر
لم يكن هذا استيفاء لعمله وان عاد نفعه الى المعمول له كما لو خاط ثوبه بدونه
وان عمل له مع امره كان هذا استيفاء منه لعمله واتلافا له فيضمن اجرة
المثل كما ذكره المص وغيره وبهذا يفارق الاعمال للاعيان فلو امر باتلاف عين
مالم يكن ضامنا ولو قال وعلى ضمانها الا فى مسئلة السفينة الوارد فيها النص
على خلاف القاعدة لعدم السبب كما عرفت ومنهم من قال انه لو قال وعلى
ضمن فى الموضعين والاقوى وفاقه مصنفا الى وضوحه مصرح به والاذن
فى اداء الدين ونحوه او فى الضمان ليس نقضا علينا كما لا يخفى بالعامل فلو قال

الطمنى لها

٢٩

الحميم لها الحلاق فيما فيه لم يكن عليه شئ لانه ليس الا وعد لا يجب عليه الوفاء بها
بخلاف ما لو قال احلق راسى [illegible] على الاجرة فانه ضامن الاستيفاء حينئذ عرفت و[illegible]
هذا ولا يقع الا [illegible] من عبارات الاصحاب [illegible] جعل المدار على دفع
السلعة ومنهم من جعله على الامر بالعمل وبينهما فرق واضح لان العمل قد يكون مثل
حلق الراس فان كان المدار على الامر وجب على الامر اجرة المثل للامر [illegible]
[illegible] الحلاق فى عمله ولو كان من قصده حضورهما انه لا عبرة بقصده مع عدم ابتنائه
عليه ليكون من المعاملات او الجعالة الصحيحتين بخلاف ما لو جعل المدار على الدفع
فانه لا شئ [illegible] كما لا يخفى لكن [illegible] لا يقع [illegible] على
اثبات الاجرة فى صورة استيفاء عمل المسلم المحترم على المستوفى ومع اهدارها
يتحقق الاستيفاء ومع عدمهما فلا وما ذكرنا ظهر فساد التفصيل المشار اليه وانه
اصاب فى [illegible] حيث [illegible] ان السبب هو الاستيفاء ولكنه [illegible] فيها
[illegible] ان العبرة فى تحققه بعود فائدة العمل الى الامر [illegible] حيث قال انه لو
امر بالعمل لغيره لم يكن ضامنا للاجرة على القاعدة الا ان يكون امره راجعا
[illegible] فى العرف [illegible] جعله [illegible] وانفاق [illegible] سبب [illegible]
[illegible] بعمل نفسه ضمن لدخول عمله تحت يد الامر فيضمن ضمان اليد وفيه
لو امر [illegible] ثوب [illegible] اجرة [illegible] ولو امر [illegible] داره [illegible]
لم يضمن كذلك مع ان ارجاع الضمان حيث يضمن الى ضمان اليد قد عرفت ما فيه
والتحقيق ما ذكرنا من صدق الاستيفاء بكل من الامرين سواء عاد نفع العمل
الى الامر او الى غيره [illegible] لا يصدق [illegible] الاستيفاء فلو امره
ببناء المسجد للثواب فليس هذا استيفاء منه لعمله الا ان يكون الغرض
عود الثواب اليه فالمدار على صدق الاستيفاء ولذا اقتصر المص على الدفع واقتصر
الشيخ على الامر وباقى الاصحاب الحقوهما فى احد التعبيرين واما اعتبا

والاعتبار بعادة العامل على اخذ الاجرة فهو احتراز عن صورة التبرع فان
مجرد الاستيفاء [illegible] لا يكفي في استحقاقها [illegible] عدم تبرع العامل [illegible]
فلا ضمان لاصالة البراءة مع عدم المقتضي اذ لا دليل على ضمان الاعمال سوى قاعدة
الاحترام وكون استعمال المسلمين مجانا مخالفا لاحترامهم وهتكا لحرمتهم والا فكلي
فليس في [illegible] حتى [illegible] [illegible] الاصل [illegible] التبرع [illegible]
الاجرة منافيا لاحترامهم هذا مع اعتياد العامل على اخذ الاجرة وان لم يكن له عادة
[illegible] المطابقة [illegible] فيقبل قوله [illegible]
التبرع وهذا مبني على مقدمتين احديهما استحقاق الاجرة واقعا مع قصدها
والثانية قبول قوله دعواه في الظاهر اما الاولى فالمنع فيها مجال لان مجرد قصد
العامل الاجرة لا يكفي في استحقاقها بل لا بد مع ذلك من قبول الآمر والدافع
بكون غرضه المجان والحاصل [illegible] ولذا نقل عن الاردبيلي والسبزواري
التامل في الضمان هنا ولعله خيرة مفتاح الكرامة وفيه ان سبب الضمان هو
الاستيفاء المحقق باحدها دون معاملات الاجارة او الجعالة حتى يتوقف
على قبول الآمر وقصده والمقدمة الثانية ما لم يتكلم فيه احد فدل على انها
قاعدة مسلمة وهي قبول اقوال من لا يعلم الامر قبله وان لم يكن العمل له اجرة
بالعادة [illegible] لانتفاء المقدمة الاولى اذ [illegible]
اجرة فكيف يستحقها هذا ان لم يكن متقوما ولو كان متقوما قابلا لجعل
الاجرة عليه فقد جزم بعض مشايخنا [illegible] قال ان المراد بكون العمل
ذا اجرة عادة في المتن كونه متقوما قابلا لاخذ الاجرة عليه سواء جرت العادة
باخذ الاجرة عليه ام لا كاستيفاء المتاع ونحوه وسبقه الى هذا التفسير في
العبارة استاده صاحب مفتاح الكرامة على احتمال وعليه يرتفع الخلاف
بين الكتاب وما ماثله وبين القواعد وما ماثله حيث حمل المدار على كون

العمل ذا اجرة

العمل ذا اجرة عادة من دون النظر الى عادة العامل خلافا للشهيدين في محكي الحواشي
والمسالك وغيرهما فانهم فرقوا بينهما وجعلوا الثمرة فيما لو كان العمل متقوما ولم تجر عادة
في اخذ الاجرة عليه لكن عادة العامل [illegible] الاجرة [illegible] عليه [illegible]
استحق الاجرة لو [illegible] اعتبرنا احتمالا [illegible] العادة [illegible]
وان لم تكن له الاجرة عادة او [illegible] كذلك وهذا مبني على الاخذ بظاهر العبارة فلو
فرض بما ذكره من كون العمل متقوما قابلا للاجرة بطلت الثمرة اذ لا بد من فرض
[illegible] فيما يكون قابلا [illegible] الا قابلية [illegible] عليه ولو
كان عادة العامل على اخذ [illegible] لكن [illegible] عليه
الفرق بين الصورتين [illegible] العامل [illegible] في الحكم فلا وجه
للتفصيل القاطع للشركة بل كان عليه ان يقول بما قال في القواعد من دون
[illegible] كون العمل ذا اجرة عادة او قابلا لها ولا يلتفت الى عادة العامل [illegible]
[illegible] بقول [illegible] عادة [illegible]
[illegible] ذا اجرة عادة [illegible] باب [illegible] هو [illegible] العادة
[illegible] مع [illegible] الامكان [illegible] لعدم استحقاق العامل [illegible]
ولو كان العمل متقوما [illegible] الاجرة عليه [illegible]
اعتبار شهادة الحال او المقال في استحقاقها قلت لو لاحظت [illegible]
وجه [illegible] المساقاة والمزارعة والاجارة مع [illegible]
تعينها عرفت ان [illegible] ثبوت الاجرة اذا استند [illegible] استيفاء
عمل العامل من دون تبرع [illegible] موجود [illegible] جريان العادة
على اخذ الاجرة [illegible] اذا كان متقوما قابلا لجعلها عليه [illegible]
كونه قابلا لها ولا يشترط الفعلية [illegible] النظر [illegible]
[illegible] لم يجب الاجرة ولو [illegible] بذلها كاملا [illegible]

ام الاجرة وان [illegible] عادة
العامل على اخذها دائما على
القواعد فلولا ان المدار فيه على
كون العمل مما له الاجرة
فاحترز والمقرر
[illegible]
م

دعوا انقياد ... في هذا الفرع وادون ... الشهيد
مضافا الى كون ما فسره به العبارة خروجا عن ظاهرها كما لا يخفى اما اولا فلان
التفصيل ... للشركة وما ذكره ... لبيب نكيف عن الفهم
المعروف ... ثانيا فلان ... الاجرة ... يكون ...
مستدركا بل ... الذى ... قابلا لاخذ الاجرة ...
مع ... العرف والعادة فكيف ... بل ...
... الحكم ... حيث ...
الاجرة ... قابلا ... بالغا
... كان ... انه ... المسألة من ثبوت ...
مع ... ولو لم ... مع اخذ الاجرة ... لقاعدة ...
حسبما عرفت واما التكلف في دفع ... بين ... فتقتير ...
ومخالفة سخيفة الظاهر العبارة بهذا الشئ وهو ان الامر اما ان يصرح
بالاجرة ... ان ينويها او ينوى ... يتوى شيئا
... فالظاهر ... اذ ...
... لم يمكن عليه
شئ ... العامل لعدم ... الاستيفاء لا ... للاستيفاء
اذ ... من غير ... الامر ...
المباشرة ... السبب لو كان ... الضمان في ...
واما العامل ... ان ينوى ... او ينوى التبرع ولا ثالث ...
... فانه يمكن ان ... الاجرة ولا ... بان يكون ...
... لا يتحقق ...
... ان ... الاجرة او ... غيرها ...

وان نوى

وان نوى التبرع فقد عرفت انفا انه لا يستحق شيئا ولو تنازعا فادعى الامر عليه وانكر
كان القول قوله لاصالة عدم ... لا ... اصالة عدم قصد الاجرة لانه لا ينفع
الا مع الاصل المثبت ولانه ابصر بنيته حيث لا يعلم قصد الاجرة الا من قبله وفيه نامل لامكان
الاشهاد عليه ... بان يصرح حين العمل بارادة الاجرة ويدفعه ان المشهود عليه
انما هو ... دون القصد ... السبب ... وثبوت الضمان وثبوت ...
الضمان هنا سبب عن قاعدة الاحترام فاذا اشترط العامل الاجرة كفى ذلك في احترام عمله ولو
لم يقصد واقعا كما ان العقد العارى عن اللفظ كاف الحكم في ذلك فاذا ادعى الاجرة
طولب بالبينة مع عدم التبرع حيث كان قادرا عليها بالاشتراط حين العمل ... الاشهاد
عليه ... بان ... سببى ... لا ... وان كان
السبب الاخر الذى هو الشرط يعلم بالاشهاد فبالقياس الى القصد تجرى قاعدة لا يعلم الا
من قبله وان اخر بالقياس الى الشرط وهو يكفي في تقديم قوله لوجود مقتضيه ولا يجب
في اجراء القواعد احراز جميع مقتضياته ولا يذهب عليك ان ... هذه القاعدة
مبنى على كون ... الضمان هو قصد الاجرة ... او ...
ان السبب ... العمل ... استحقاق الاجرة ...
لا ان ... العامل ... كذلك ... بالاصل ...
اصالة عدم التبرع ... باصالة عدم قصد الاجرة ... وانما ...
بالاصل ... البتة ... التبرع ... اصالة عدم ...
لا ينفع الا مع الاصل المثبت ... عليه ... اصالة ...
... في اشتراط ... متضادان احدهما ...
... في بعض ... المسألة ... على كون
الاجرة ... في استحقاق الاجرة وعليه ... موافقا ...
لا اصل للمعارضة كما عرفت وثانيهما اصالة عدم التبرع وهو مبنى على كونه مانعا

بين الوجهين تخييرهم [illegible] الاصح والوجه الثانى احسب [illegible] اعتبارها و[illegible] فى
بعض صور المسئلة الظهور الذى هو احد مميزات المدعى عن المنكر عند بعض
كالصورة الاولى اعنى ما كان عادة العامل جارية على اخذ الاجرة فهنا يقدم
قول [illegible] لوجهين لكونه موافقا للظاهر [illegible] على [illegible] او لعادته لا [illegible]
من قبله على الوجه الاخر وكذا الصورة الثانية وهى ما لو كان العمل مما له اجرة عادة
ولا عادة للعامل وقد يتعارضان كما لو كان العمل مما ليس له اجرة عادة وعادة
العامل على اخذها ويبعد [illegible] تقديم الظهور المستند [illegible] عادة [illegible] الظهور
الناشئ [illegible] جريان عادة العرف [illegible] الغلبة الشخصية فى مقابل الغلبة [illegible]

الثالث عشر كلما يتوقف عليه من فعل المتعهد فى الموجب [illegible] من الخياطة او [illegible]
او المداد فى الكتابة [illegible] مفتاح باب الدار وكذا مقابلة [illegible] المستثنى
لاحتياج الاعمال التى لا يجب تسليمها انفسها ذكره [illegible] فى اجارة [illegible]
الاشتقاق [illegible] وكرة [illegible] والارشاد والمعتبر [illegible] وصدد [illegible] و[illegible]
التعرض بالاول [illegible] نقل خلاف ذلك عن موضع من كرة [illegible] الخلاف فى اصل
الحكم الاول المفرع عليها [illegible] انتفاء العرف واضطرابه وعدم استقراره
على احدهما [illegible] المستاجر [illegible] بالاباحة العمل [illegible] فيها الاعيان
على وجه يجب على الموجر [illegible] ان تلف على [illegible] كالرضاع والحضانة
والا [illegible] ليس [illegible] فى معنى الاباحة بل لكونها [illegible] تسليم [illegible]
الواجب [illegible] والاول [illegible] الى الثانى لان [illegible] الهم
خارج عن [illegible] المقصود [illegible] وعن شيخنا الاستاد [illegible] فى الحمل التفصيل
بين [illegible] التى هى بمنزلة الالة للعامل كيده فيجب على الموجر وبين غيرها فيجب على
المستاجر [illegible] فى الشق الاول واما الثانى [illegible] ان كلما [illegible] يتوقف عليه
تسليم [illegible] فيجب عليه من باب [illegible] الا ان يقال ان المعوث الاجارة على
[illegible] الى غير الالات [illegible] بدعوى [illegible] وجوبه [illegible] العقد
يبذل

يبذل المستاجر فيكون واجبا مشروطا لا مطلقا حتى يجب عليه من باب المقدمة لوضوح
ان بعض المقدمات لا يجب على الموجر قطعا كالكاغذ فى الكتابة والثوب فى
الخياطة وليس هذا [illegible] العمل فيها [illegible] لهما واليه
ينظر ما فى [illegible] السلب الكلى فان نظره الى كون العمل واجبا مشروطا مطلقا و
مبنى التفصيل على المساعدة على الاشتراط [illegible] وينحصر ان
فرضهما [illegible] فى العادة [illegible] ملحوظه مكان [illegible]
كان المدامة [illegible] للاشتراط فى [illegible] الموجبة [illegible]
الالات ما جرت العادة فيه على كونه على المستاجر ففيه انه ليس تفصيلا وليس [illegible]
[illegible] انهم صرحوا بان [illegible] المذكورة [illegible] مشروطة [illegible]
العادة [illegible] مع انه ينبغى [illegible] عقد [illegible] فقد يكون
يكون مقتضيا [illegible] على المستاجر [illegible] والمحلف [illegible]
الفرق بين [illegible] والعدد [illegible] بمنزلة [illegible] وبين [illegible] بين [illegible]
يمكن تطبيق التفصيل المذكور على ما ذكروه من التفصيل بين استقرار [illegible] و
عدمه بدعوى كون غير الالات جميعا من القسم الاول فيكون على ما استقرت
عليه [illegible] فان [illegible] عليه [illegible] الا [illegible] وجب
المقدمات [illegible] على الموجر [illegible] المقدمة الا ما استقر [illegible] فيه على [illegible]
كالقرطاس [illegible] والكارة [illegible] على المستاجر [illegible] و
[illegible] المقدمات [illegible] الطلاق العقد [illegible]
الثانى فيما [illegible] فيه العادة [illegible] كالمقدمة [illegible]
الا [illegible] فيمكن ان [illegible] للمقدمة [illegible] يجب

المقدمة فان اختلف العمل في دخوله وخروجه اجرة فسد العقد للجهالة والغرر كما في الحواشي التصريح بدونه الا كان مقتضى القاعدة وجوبه على المستاجر لاصالة براءة ذمة الموجر [illegible] الواضح [illegible] القول [illegible] [illegible] على احد مع الاضطراب والا بطل العقد فنزل على صورة اختلاف اجرة العمل بسببه كما هو الغالب كما في العمل فصار الاقوال فيه ثلثة احدها ان جميع مقدمات [illegible] على الموجر [illegible] العادة [illegible] وهو [illegible] والثاني هو الملك الكلي المختار [illegible] والثالث التفصيل بين الاول [illegible] والمختار منها هو الاول ويمكن ارجاع التفصيل [illegible] هذا [illegible] واما ما يتوقف عليه ايفاء المنفعة [illegible] كالدار ونحوها فمقتضى القاعدة فيه الحكم بلا حظة العادة اولا وان لم يكن [illegible] اختلف المنفعة [illegible] نقصانا لوجوبه [illegible] وثبوت الخيار مع الجهل وبه صرح العلامة في القواعد في خصوص [illegible] ووافقه [illegible] وجمع البرهان [illegible] بان الانسان [illegible] على اصلاح [illegible] منفعة [illegible] والا كان [illegible] الفسخ [illegible] في موضع [illegible] قال بوجوب البناء على الموجر وهو موافق لما ذكره وذكروه في تسليم الدار فان عرفت غير خلاف [illegible] والخيم [illegible] ومستفع [illegible] اي صيانة فكيف الجمع بين كلماتهم في المقامين وكيف [illegible] على القواعد فان [illegible] القاعدة القاعدة [illegible] الاجارة [illegible] المنفعة وثبوت الخيار مع الجهل والانصراف الى [illegible] اوبعادة او نحوها دون اجبار المالك [illegible] المذهبية [illegible] هنا كما لا يخفى نعم تسليم المفتاح اي مفتاح باب

الدار

الدار وكذا مفاتيح البيان الثابتة له بعد وجوبه كما ذكروه لانه من مقدمات تسليم المنفعة [illegible] المناقشة فيه انه [illegible] الدار [illegible] الحكم لو منع [illegible] اذا امكن فتح بابه ولو باجرة اقل وانما لم يشترط على الموجر ولم تكن عادة فبأي [illegible] على الموجر [illegible] تسليم [illegible] بين الابتداء [illegible] المنفعة لم يجب [illegible] من مقدمات تسليم [illegible] تسليم بين [illegible] ولذا قال في [illegible] في القواعد [illegible] او وجب [illegible] على الموجر [illegible] ايصال المنفعة عليه تمام المدة ثم انه لا خلاف في ثبوت الخيار مع عدم الابدال [illegible] قيل بوجوبه [illegible] على ما [illegible] بعض [illegible] ان الخيار مبني على [illegible] المنفعة [illegible] مع التقييد لوجوب كونها على الموجر في المنفعة بل ثبت فيه الخيار واما [illegible] فيه الالزام [illegible] بالاشتراط [illegible] على [illegible] في الشروط [illegible] النظر [illegible] العادة في الموجر [illegible] الانفس بمقتضى فيهما وهو الالزام [illegible] مقدمات العمل والخيار [illegible] المنفعة ومع [illegible] كما عن [illegible] البرهان [illegible] في جميع [illegible] في راعيات [illegible] ومقدمات [illegible] المنفعة [illegible] الموجر [illegible] في بعضها ورغم الحكم انه مع العادة لا يضر الجهالة لانها في التوابع مغتفرة

والجب انتهم [illegible] انه [illegible] خلاف

واستحقاق المقدمات كلها بنفى فلا وجه للتفصيل عن الجمال الذى فيهما ردا على بعض الحواشى
وجامع البرهان ومن مبالغاته انه اوجب وفاقا للمحكى عن المحقق الثانى اخراج
الثلج عن سطح الدار على الموجر مطلقا وعن عرصتها اذا كان كثيفا مانعا عن
الانتفاع احتمالا ناشيا من حصول التسليم الواجب ومن توقف الانتفاع عليه
مع انهما لا يقولون بوجوب دفع يد الغاصب فى الاثناء والحاصل ان الاوصاف
والكيفيات المعتبرة فى احد العوضين كالكتابة والسواد والبياض واشباهها
لها صور اعتبرت فيه بحكم العادة او بالشرط فما يوجب تخلفها الخيار دون
الاجبار اتفاقا ومعلوم ان فراغ البالوعة والحش والمستنقع ونحوها مما
يتوقف الانتفاع الكامل على استفراغها تجرى مجرى الكتابة فى العبد والبياض
فى الحنطة فمقتضى القاعدة عدم وجوب تفريغها على الموجر نعم لو امتلأت فى
التجدد فى الاثناء فيه احتمالان فى القواعد وجوبه على المستاجر لانه بفعله ووجوبه
على الموجر لتوقف الانتفاع عليه والاول خيرة ... وصرح ... وظاهر ...
والثانى مما قربه فى جامع التحرير والاقوى الاول بناء على ما حققناه ... عليه
فى وجوب القيام بالمقدمات على الموجر للمقدمة فالاقوى هو الثانى لان
وجوب تسليم المنفعة لا فرق فيه بين الابتداء والاستدامة واما العمل فالحال
فيه ثلث لانه اما ان يكون هناك عادة ام لا وعلى الثانى فاما ان يكون
للاطلاق ام لا فان كان الاول وجب على الموجر لدخوله فى
العقد من جهة الشرط المستفاد من العادة وان تعذر الالزام ثبت الخيار
للمستاجر للفرق بينها وبين مقدمة استيفاء المنفعة مع مساعدة
العادة هو الالزام على الموجر وعدم صرف فى مقدمات المنفعة لا الزام بل
يثبت فيه الخيار ابتداء وهو فيما الوصف فى مقدمات العمل لا يثبت

فيه ابتداء

نعم لو تم العادة بكونه عليه لم لا نفصله عما لو لم تكن عادة هنالك لو لم نقل بوجوب تفريغها على الموجر

فيه ابتداء بل بعد تعذر الالزام كما فى الملتزم بالشرط فى العقد وعلى الثانى وجب
عليه من باب المقدمة وان امتنع ثبت خيار تعذر التسليم وفى الثالث لا
وجوب لاطلاق العقد واصالة براءة ذمة الموجر وعدم ثبوت استحقاق
المستاجر حال عدمها فيه نفى الخيار والملوق الاصحاب منزل على صورة قيام
العادة او على الصورة الثانية وهى صورة الاطلاق والله العالم بقى شئ
هو ان الحكم عدم وجوب تنقية البالوعة والخلاء ومستنقع الحمام على المستاجر عند
انتهاء المدة وهو ظاهر المبسوط ووجوبها عليه فى عبارة قابلة للحمل على الاثناء
واستثنى فى القواعد الكناسات ورماد الاتون فاوجب تنقية الدار منهما
وفاقا للمحكى عن الجوينى وعن بعض الشافعية الفرق بينهما بان طرح الرماد من
ضروريات الانتفاع فلا يجب عليه بخلاف الكناسة عدم الوجوب مطلقا
كعدم وجوب تدارك النقص الحاصل من استعمال الثوب ونحوه من استيفاء
المنفعة والله العالم الفصل الثالث فى التنازع الواقع بين اثنين فى
المنافع وفيه مسائل الاولى اذا تنازعا فى اصل الاجارة اى فى وقوعها فالقول
قول منكرها مطلقا للاصل بلا خلاف مع يمينه فى بعض الصور نعم لو
كان التنازع بعد استيفاء المنفعة وكان المنكر هو المستوفى مع زيادة
اجرة المثل عن المسمى على تقدير الاجارة التى يدعيها المالك فانها لا يتعين
على المنكر لاعترافه باستحقاق المالك ما يدعيه من الاجرة وزيادة وليس للمالك
مطالبته بالزيادة لظاهر القواعد وحكى ... وان وجب عليه ايصالها
الى المالك ولو كان العكس بان كان المدعى هو المستوفى والمنكر هو المالك مع زيادة الاجرة
الزم على المنكر تعيين ما قلنا
المسماة على تقدير الاجارة عن اجرة المثل فلا يمين هنا وكذا لو اختلفا فى قدر المتاع

من الدار وعوضان المكيات الخارجية فلم اقف قول المنكر على لك بين الاصحاب بل في
مفتاح الكرامة انى لم اجد فيه قولا صريحا بالتحالف الذى نسبه فى الرياض الى قيل نعلت
فى حاشية الكتاب للمحقق الثانى التصريح به وفى الظ فى محكى جامع المقاصد
فيما لو تنازعا على وقوع الاجارة واختلفا فى متعلقها والظ ان الاختلاف فى القدر
لا يمنع لو سواه ودعوى الدلالة فيما اذ اراد فى جامع المقاصد الاختلاف عنده وهو
ما لو كان الدعوى وقوع اجارة اخرى متعلقة بالزايد بمنزلة وقعت على الاقل
كالبيت من الدار مثلا واضحة الفساد والخلاف مفروضة الخلاف الدعوى الى
دعويين لا نزاع فى احديهما وهى اجارة الاقل ولا نسلم فى الاخرى اصلا وهى اجارة
الاكثر فيرجع الى الصورة الاولى اعنى النزاع فى اصل الاجارة لا فى قدر المنافع
ولعل الذى دعى المحقق الثانى الى التحالف هنا ما اشتهر فى الالسنة من تعيين الحكم
بالاصل وهو غير جار لان الاصل فيه معارض فيه لا نسلم اذ اصالة الاصل عدم تعلق
الاجارة بتمام الدار عارضة اصالة عدم تعلقها ببعضها كالبيت وهذا مطرد
فى كل نقيضين حادث مالا صل فلو علم بمجئ احد وشك فى كونه زيدا او عمرا تعارض
الاصل من الجانبين وغيره ان اصالة عدم وقوعها على الاقل لا يعارض اصالة
عدم وقوعها على الاكثر الا على القول بالاصل المثبت المزيف فى محله عند الاكثر
ولذا بنى الاصحاب فى المسئلة ونظائرها فى الاختلاف فى العقود على اجراء
الاصل فى الطرف الذى يترتب عليه وجوب شئ على المنكر فلو اختلفا فى العقد
الواقع بين كونه اجارة او عارية قدم قول المالك على الاصح وانكار
وقد بالتحالف ولذا يقدم قول المالك لو اختلفا فى رد العين المستأجرة
لاصالة العدم وحرمة القياس بالوديعة وهو حسن لو قلنا بان العين
المستأجرة بعد انتهاء المدة مضمونة على المستاجر والا فهو احد الاقوال الخ

ودفعها

٢٩٦

ودفعها فى شرح قول المص والعين المستأجرة امانة فقد يقال بتقديم قوله لكونه امينا
وكان مانى للجواب عن هذا حيث على علل تقديم قول المالك بان المستاجر قبضها
لمصلحة نفسه وانت خبير بما فيه اذ لا خلاف ولا اشكال فى ان قبضه قبض امانة
وان كان لمصلحة نفسه وقد ذكرنا هناك ان مدار الامانة ليس على ذلك والامانة
منقوض بموارد لا اشكال فى كونها من الامانة فالاولى ان يجاب بان قبول الامين
فى الرد لا دليل على اعتباره فيه وان قلنا به فى خصوص الوديعة فهو من احكامها
فاستدلوا من احكام مطلق الامانة وانما حكمها عدم الضمان وتقديم قوله فى
التهمة كدعوى التفريط والتعدى وفى التلف وقبول قول الولى فى الانفاق
على المولى عليه انما هو ليس لامانته ولذا لا يقبل قوله فى دعوى القرض والبيع
الاصح الاشهر ظاهرا اما لو اختلفا فى قدر الاجرة فالقول قول المستاجر للاصل
وقيل كما فى حاشية الكتاب بالتحالف انما والوجه فيه ما عرفت فى الاختلاف
فى مدة المستاجر مع جوابه المسئلة الثانية لو ادعى الصانع او الملاح او المكارى
هلاك المتاع وانكر المالك المستاجر اصل الهلاك فيحتمل البقاء حلفوا البينة
ومع فقدها يلزمهم الضمان كما عن السيد والشيخ والمفيد فى المقنعة
لكن نسبه الى الشيخ ولعله اراد المشهور بين القدماء ويؤيده ما عن السيد من كون
ذلك من منفردات الامامية وقيل القول قولهم مع اليمين لانهم امناء و
هو اشهر الروايتين الواردتين فى المسئلة واكثرها بالقبول ~~بينهم~~ ولا بين
الاصحاب لان المحصلين من القدماء على ما نقل فى محكى السرائر وجل المتأخرين
او كلهم تلقوها بالقبول وهى مع الشهرة فى الرواية بشهادة المص والاشتهار
بالفتوى باخبار غيرها واحدة من جهة المتبعين موافقة لقاعدة الامانة القا...

فيجعل قول الامين بلا يمين وهى مع ... مما ضعيف ... والمنع ... اليمين ...

حبته الى القصار فذهب به عمر قال ان اتهمته فاستحلفه وان لم تتهمه فليس عليه
شيء وهو اصرح ما في الباب في المدعى حيث لا تقبل التاويل او التنزيل على غير انحو جنيه
كما لا يخفى على من تدبر ومنها خبر الاخر لهذا انه لا يضمن القصار الا جنيت وان
اتهمته احلفه وهذا ليس بمنافي المدعى لامكان حمله على التنازع في الجناية بل
هو الظاهر منه بملاحظة اتحاد موضع المسئلتين اعني سبب الضمان والتحليف في
النزاع ومنها صحيحة معوية بن عمار عنه عليه السلام سئلته عن الصباغ والقصار قال
ليس يضمنان وفي دلالتها على المدعى نظر لا يخفى ولو سلم نحو فالمبنية لها
لمعارضته ما يدل على تحليفه عند الاختلاف في التلف او التفريط ومنها خبر ابي
بصير عنه عليه السلام لا يضمن الصائغ ولا القصار ولا الحائك الا ان يكونوا متهمين
فيخوف بالبينة ويستحلف لعله يستخرج منه شيئا وهذا مما استدل به على القولين
لما فيه من الجمع بين البينة والحلف فان البينة يدل على الضمان ولولاه لما كان الحلف
يدل على عدمه والحق انه بالاجمال والسقوط راسا اشبه من الاستدلال به
على شيء منهما وان كان دلالته على الضمان اقرب لان التخويف بالبينة والحلف
معا في موضع واحد لا معنى له فلا بد ان يكون الجمع بينهما بملاحظة وضعين في
نوعين المسئلة فاما ان يكون التخويف بالبينة في دعوى الاتلاف والحلف
في دعوى او العكس والاول باطل بالاجماع فتعين الثاني وهو المدعى ويخفه
مقابلها روايات دالة على الضمان منها الرواية الاخيرة بالتقريب المشار اليه
وغيره ما عرفت من الاجمال ويحتمل الحمل على التخويف اعني الصوري فلا يستفاد
منه شيء من الميزان الشرعي ومنها صحيحة الحلبي عنه عليه السلام في الغسال
والصباغ ما سرق منهما من شيء فلم يخرج منه على امر بين انه قد سرق وكل قليل
له او كثير فهو ضامن فان فعل فليس عليه شيء وان لم يفعل ولم يقم البينة وزعم انه

قد ذهب

قد ذهب الذي ادعى عليه فقد ضمنه ان لم يكن له بينة على قوله دلت بصريحها ونقلها
على المدعى وانه لم يقبل منه عن شائبة الاجمال ومنها خبر ابي بصير عنه عليه السلام
سئلته عن قصار دفعت اليه ثوبا فزعم انه سرق من بين متاعه فقال عليه السلام عليه
ان يقيم البينة انه سرق وان سرق متاعه كله فليس عليه شيء دل صريحا على انه
لا يصدق في دعوى السرقة الا مع البينة ونحوها مما يتوقف عليه ثبوت الدعاء
ومحتمل الحلبي الاخرى عنه عليه السلام انه سئل عن رجل جمال استكرى منه ابلا وبعث
معه بزيت الى ارض فزعم ان بعض زقاق الزيت انخرق فاهراق ما فيه فقال
انه ان شاء اخذ الزيت وقال انه انخرق ولكن لا يصدق الا ببينة عادلة ونحوه
خبر يزيد الشحام وفي جملة من النصوص اطلاق ضمان القصار والصائغ
معللا في بعضها بالاحتياط في اموال الناس كما روي عن الصادق عليه السلام كان
امير المؤمنين عليه السلام يضمن القصار والصائغ احتياطا للناس وكان ابي يتطول
عليه اذا كان مأمونا الخبر قيل ان في هذه الطائفة اشعار بل دلالة واضحة
على كون الحكم في تضمين الصائغ على خلاف القاعدة ناشئ عن الاحتياط في اموال
الناس فلو امكن حملها على صورة الاتلاف جمعا بينها وبين ما دل على عدم الضمان
في دعوى الاتلاف لان التضمين مع الاتلاف موافق للقاعدة وليس محتاجا
لها ثانيا لحكمة الاحتياط وفيه تامل يظهر من مضمون الاية ولكم في القصاص
حيوة يا اولي الالباب فلم لا يجوز ان يكون التضمين مع الاتلاف من قبيل
المشروع لبقاء النظام والاحتياط في النفوس فهذه الطائفة دون الكل في
الدلالة على المدعى لا فوقه كما قيل ومنها ما عنه عليه السلام في جمال يحمل مع الزيت قد
ذهب او قطع عليه الطريق فان جاء ببينة عادلة انه قطع عليه او ذهب فليس
عليه شيء والا ضمن الخبر ونحوه اخر وهذا الخبر كالاخبار السابقة صريح
في مطالبة البينة من الصانع فلا بد من الجمع بينها وبين ما دل على الاكتفاء
منه باليمين لا المستفيضة الثانية الصريحة في الضمان الا مع البينة واما

المتأخرين فجمدوا على قاعدة الامانة بالروايات الخاصة فلم يلتفتوا الى اصالة ضمانها
وحملوها على ما ينافيها كما في جامع الكلام حيث حملها على دعوى الاتلاف وانت
خبير بان مورد جلها خصوص النزاع في التلف كالسرقة ونحوها فكيف يحمل
على الاتلاف موردها فهذا ليس حملا بل هو طرح ونحن جمعنا بينهما
بالتفصيل بين دعوى التلف ودعوى التفريط فحمل الاولى على دعوى
التفريط والثانية على دعوى التلف كما يقتضيه القاعدة القاطعة مع قطع
النظر عن الامانة نعم لشيخنا العلامة رفع الله مقامه مبادئ مراعاة الاخبار
المعللة بالاحتياط في خروج ما نحن فيه عن قاعدة الامانة وبعد خروجه عنها
يرجع الامر الى قاعدة البينة على المدعي واليمين على المنكر فحمل ما دل على
الحلف على ما اذا كان الصانع منكرا كما في دعوى التفريط وما دل على البينة على
ما لو كان مدعيا كما في دعوى التلف قال وهذا الجمع وان كان مخالفا لجملة من
هذه الاخبار الا انه اقرب ما قيل او يقال في الجمع بين هذه الاخبار قلت
ومحصله ان نستفيد اولا سقوط قاعدة الامانة في المقام بالاخبار
المعللة لضمانهم بالاحتياط [illegible] ثم نطبق اخبار المسئلة على قواعد
الدعاوي وقيل ان اخبار الحلف محمولة على دعوى الاتلاف اي اتلاف
الاجير بشهادة خبر بكر المتقدم لا يضمن القصار الا ما جنت يداه فان
اتهمته فاحلفه وهذا قريب مما تقدم لان التفريط اعم من الاتلاف
هذا ذكره في الباب والاظهر هنا ما يفيد الاكثر من العمل بمقتضى قاعدة الامانة
كما ذكره الماتن لان الطائفة الاولى صريحة في ذلك والثالثة واحدة لكونها
موافقة للقاعدة والشرع والثانية ليس شيء منها صريحا في عدم الافتقار
الى الحلف بل انه مع عدم البينة يضمن الصانع عند التهمة الا ان يحلف فيقيد
الاطلاق بما اذا لم يحلف ثم راجع الثالثة لو قطع الخياط ثوبا قباء فقال المالك
اردت تقطعه قميصا لا قباء وادعى الخياط الامر فالقول قول المالك مع

يمينه

٢٩٨

يمينه لكونه منكرا وقيل كما عن ط والتذكرة والخلاف القول قول الخياط لاصالة
البراءة والصحة والاول اشبه واشهر لان الاصل في الاموال عدم الحل
حتى يثبت خلافه ولذا نقل عن الشيخ الموافقة للاصحاب في هذا الباب ويحتمل
التحالف كما عن بعض الشافعية والمحقق الاردبيلي لان كلا منهما يدعي شيئا
بل هو هنا اولى منه في الاختلاف في قدر المستأجر لعدم القدر المشترك في المقام
ووجوده هناك ضعيف لان دعوى المالك لا يتضمن حقا على الخياط وانما غايته
نفي ما يدعيه الخياط نعم لو اختلفا في الاجارة اجرا التحالف لتضمن دعوى المالك
على الخياط تفويت ما استحقه من العمل بالاجارة ولا فرق في [illegible] بين كون الاختلاف
قبل قطع الثوب او بعده والتخصيص بالاول في بعض الكلمات لا وجه له وعلى الخياط
بعد يمين المالك ارش النقص اي تفاوت ما بين كونه مقطوعا وغير مقطوع ولو
تفاوت القميص والقباء في صفة القطع وكيفيته لم يجب عليه ارش القطع
لكونه مأذونا فيه من حيث كونه مقدمة للعمل المأذون وان لم يعمل من الخياط
بهذه الحيثية لان العقد لا اثر له في المقام ولو اراد الخياط فتقه لم يكن له ذلك
ان كانت الخيوط من الثوب او من المالك لانه تصرف في مال الغير اذن له لو
كانت من الخياط كان له ذلك وضمن ارش النقص لو حدث في الثوب لان الناس
مسلطون على اموالهم ولو كان غاصبا ولا اجرة له اي للغاصب للقطع لانه
عمل لم يأذن فيه المالك ولله الحمد اوله واخره تم الكتاب بعون
الله الملك الوهاب في [illegible] يوم الجمعة
من شهر رجب المرجب

١٣٠٤